V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

A PREVISÃO DE EFEITOS SISTÊMICOS NO JULGAMENTO DA ADPF N. 347: QUESTIONAMENTOS À LUZ DA TEORIA INSTITUCIONAL DE ADRIAN VERMEULE

THE BRAZILIAN SUPREME COURT (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL) RULING IN THE CASE ADPF 347: A SYSTEMIC ANALYSIS ON ADRIAN VERMEULE

Karina Denari Gomes de Mattos [1]

Resumo

A partir da perspectiva de Adrian Vermeule sobre as capacidades institucionais e efeitos sistêmicos das decisões judiciais e de outros órgãos da Administração Pública pretende-se analisar a recente importação pelo Supremo Tribunal Federal do instituto do litígio estrutural no julgamento plenário da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Serão levantadas questões relacionadas à argumentação dos ministros sobre a ameaça de uma reação epidêmica de Reclamações Constitucionais no STF e a discussão acadêmica que foi trazida a partir desta decisão. O marco teórico da análise é a teoria institucional e a teoria dos sistemas complexos.

Palavras-chave: Teoria institucional, Teoria dos sistemas complexos, Efeitos sistêmicos, Capacidades institucionais, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

From the perspective of Adrian Vermeule on institutional capacities and systemic effects, this paper analyzes the recent importation by the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) of the Structural Litigation before the Constitutional Court, in the case ADPF 347. The discussion on systemic effects is raised by judges on a possible threat of an epidemic reaction of constitutional claims (Reclamação Constitucional). It will be considered the academic discussion arising from the case in Brazil. The theoretical framework of the analysis is the Institutional Theory and the Constitutional Systems Theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Institutional theory, Constitutional systems theory, Systemic effects, Judicial capacities, Brazilian supreme court, Supremo tribunal federal

[1] Doutoranda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ (2016-atual). Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP (2012-2015).

INTRODUÇÃO

A teoria institucional se apresenta como um novo recorte no direito constitucional contemporâneo bastante significativo. Renovados os estudos norte-americanos em matéria de análise institucional, já na década de 90, pode-se dizer que surgiu para a comunidade jurídica e da ciência política uma nova forma de análise da crise de Estado e da crise da forma de separação de poderes, com uma postura crítica diante da tradicional separação *madisoniana*.

Essa nova forma de análise desenvolveu-se a partir de um viés pragmático muito forte. Ao estabelecer padrões de como ocorrem as decisões dentro das instituições foi possível medir, avaliar e comparar o desempenho da atividade institucional, e com isso a maior proximidade ou não da experiência institucional com a efetiva realização de direitos básicos e normas constitucionais dentre as diversas instâncias de poder[1].

Diversos autores norte-americanos contribuíram para o que se convencionou chamar de *virada institucional*[2], dentre eles podemos citar Daryl J. Levinson e Richard H. Pildes, com enfoque nas crises políticas, Mark Tushnet com relevantes contribuições na temática de desenhos comparativos e Jeremy Waldron, com pesquisas cada vez mais pautadas no valor legitimatório das instituições, além de Adrian Vermeule que será analisado mais detidamente nesta oportunidade.

Apesar dessa nova perspectiva ter revolucionado os estudos constitucionais nos Estados Unidos, ainda hoje no Brasil, após mais de vinte anos de desenvolvimento, a teoria institucional ocupa um espaço tímido na academia. Quando trazida nos trabalhos acadêmicos ou na fala de alguns ministros podemos dizer que muitas vezes seu uso se restringe à menção retórica de alguns conceitos-chave sem a noção aprofundada sobre os conceitos e premissas próprios quanto ao marco teórico adotado[3].

O presente ensaio pretende contribuir para a expansão da discussão sobre teoria institucional no Brasil, ao fazer uma análise de um caso brasileiro sobre a perspectiva de

[1] A publicação do artigo SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. ―Interpretation and Institutions. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 28, 2002, foi um dos marcos do início do debate e demarca uma série de pressupostos da teoria institucional que foram se desenvolvendo ao longo dos últimos anos.

[2] O termo é trazido também por Adrian Vermeule em diversas passagens, p.ex.: "Interpretive theory should take an institutional turn." (2006, p. 10)

[3] Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal (2011) criticam veementemente a utilização como recurso argumentativo da noção de "capacidades institucionais" pelo STF e comunidade jurídica nacional, sem uma noção mais profunda com relação às possibilidades e características desse tipo de argumento. Segundo os autores, "essa tarefa de reconstrução conceitual detalhada é importante porque, sem que haja clareza quanto à estrutura do argumento, a expressão 'capacidades institucionais' pode ser usada em sentidos que guardam pouca ou nenhuma relação com um argumento como o de Sunstein e Vermeule." (2011, p. 9)

um dos teóricos institucionais contemporâneos, Adrian Vermeule. A finalidade do estudo, portanto, é trazer a contribuição institucional e sistêmica deste autor para a análise do julgamento da Medida Cautelar na ADPF n. 347/DF no Supremo Tribunal Federal (STF), que trata do chamado "Estado de Coisas Institucional" (ECI).

Para isso, o presente trabalho será desenvolvido em três etapas: num primeiro momento abordaremos alguns conceitos-chave trazidos por Adrian Vermeule para tratar de efeitos sistêmicos na sua obra e abordaremos a importância dessa lente de análise para a compreensão microorganizacional das instituições e para uma breve noção da complexidade do desencadeamento de efeitos sistêmicos imprevisíveis na atividade interpretativa[4].

A escolha do marco teórico em Adrian Vermeule justifica-se tendo em vista que o autor possui uma vasta bibliografia recente que retrata em diversos momentos a crítica e preocupante ausência de um olhar atento da academia e do Judiciário em relação à previsibilidade dos efeitos emergentes das decisões.

Ao analisar o sistema constitucional como um sistema complexo o autor, de forma metodologicamente muito estruturada, delineia os principais aspectos necessários para a compreensão de desempenho e comportamento institucionais aplicáveis, *mutatis mutandis*, à experiência brasileira e ao caso analisado nesta oportunidade.

Num segundo momento, serão analisados o julgamento e o impacto acadêmico da decisão do STF na Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n, 347/DF, ocorrido em setembro de 2015. Além de tratar do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), construção teórica de origem colombiana que visa judicializar situações críticas de violação de direitos humanos que decorram de uma estrutura omissa do Estado, o caso também inaugura a utilização no Brasil do mecanismo do "litígio estrutural", modelo decisional que impõe a integração de um diverso número de atores para resolução de um problema complexo, como é o caso do sistema carcerário.

Pela análise da argumentação dos ministros em seus votos com relação ao "fantasma" da enxurrada de Reclamações Constitucionais que pairou sobre a discussão dos ministros em seus votos, nas palavras do Min. Luiz Fux (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 115) será possível analisar a perspectiva dos ministros diante dos efeitos sistêmicos causados pela concessão dos pedidos ali veiculados. Também veremos como a academia e

[4] This is the institutionalist dilemma: judges cannot escape the enterprise of choosing interpretive decision-procedures under conditions of uncertainty and bounded rationality. (VERMEULE, 2006, p. 3)

a comunidade jurídica recepcionou esta decisão com relação às consequências desse julgado.

A partir destas premissas, serão realizados ao final alguns questionamentos confrontando a perspectiva sistêmica proposta por Adrian Vermeule com a discussão havida no STF e na academia sobre o tema com a finalidade de lançar uma nova lente de análise relativa ao impasse ou *dilema institucional* trazido pelo caso ao STF e aos demais órgãos envolvidos na execução desta decisão.

Sobre a importância e atualidade do tema, para além da publicação recente do acórdão e da dinamicidade sobre o tema da crise do sistema carcerário, há poucos meses foi protocolada a primeira Reclamação Constitucional neste caso, temor dos ministros à época do julgamento.

Após os noventa dias previstos na decisão do STF para a implantação e a expansão das audiências de custódia em todas as comarcas do país, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) ingressou com uma Reclamação Constitucional no STF para garantir essa determinação, conforme previsto na MC-ADPF n. 347. Conforme divulgado pelo site da instituição, "o principal objetivo da ANADEP é buscar a efetividade da decisão proferida pela Corte em relação à ADPF" (ANADEP, 2016).

Verifica-se, portanto, que a noção de efeitos sistêmicos das decisões é presente no contexto das diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, mas ficou muito exposta no julgamento que será analisado e na conformação do modelo decisional que foi inaugurado. Os efeitos sistêmicos e a análise institucional necessitam de ser levados em conta pelos órgãos judiciais e administrativos na sua atividade cotidiana de interpretação, principalmente quando estes órgãos propõem inovações nos métodos de tomada de decisão nas democracias modernas.

A perspectiva que se assume neste trabalho é a de que não basta a análise de competências previamente assumidas numa perspectiva meramente normativa e estática dos fenômenos de interpretação constitucional. É necessária uma postura de dinamicidade quanto aos institutos e fenômenos que envolvam a intepretação constitucional, tendo em vista os *inputs* trazidos e *outputs* externados que geram efeitos que pouco ou nada eram previstos pelos órgãos de tomada de decisão, e que impactam frontalmente toda a sistemática de relacionamento institucional e garantia de direitos.

Por mais que seja atrativa essa nova perspectiva assumida por diversas Cortes Constitucionais no mundo todo com relação aos litígios estruturais é necessária a ciência e

o desenvolvimento de estudos a respeito dos efeitos sistêmicos calculáveis a curto e longo prazo[5].

Neste sentido, a análise da teoria sistêmica em Adrian Vermeule contribui para uma virada institucional no Brasil e demonstra a necessidade de um olhar mais prático e institucional para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal.

1. Teoria Institucional e a Perspectiva de Adrian Vermeule

Adrian Vermeule, professor norte-americano da *Harvard Law School* desde 2006 e eleito para a *American Academy of Arts and Sciences* em 2012, é autor ou coautor de oito livros, o mais recente *The Constitution of Risk* (2014).

O autor é um crítico do *judicial review* norte-americano e da postura do Poder Judiciário diante da tomada de decisões dos órgãos administrativos (*agencies*)[6]. Com relação à linha condutora de sua obra, podemos dizer que para além da questão de "como" um texto deveria ser interpretado, o autor possui a preocupação de responder a "como certas instituições, com suas particulares habilidades e limitações" interpretam (VERMEULE, 2006, p. 1).

Podemos dizer de forma panorâmica que Adrian Vermeule tem duas grandes teses: a primeira é que a questão interpretativa é um problema pois está sempre limitada pela racionalidade do tomador de decisão e pelo nível de informação obtido. A segunda tese é a da deferência ao Estado Administrativo. Ele coloca a seguinte questão: o que garante que Cortes e Tribunais tenham uma interpretação mais adequada que os órgãos administrativos?

O autor, por vezes cético ou até pessimista com relação à criatividade institucional, principalmente do Judiciário, é acima de tudo pragmático na construção de seus argumentos. Sua obra, profundamente influenciada pela análise econômica do direito, traz a perspectiva de custo-benefício nos diversos enfrentamentos do dilema cotidiano dos tomadores de decisão, num cenário de democracia moderna[7].

---

[5] The aim is to show that a systemic perspective on judging is analytically indispensable, even from the internal standpoint of any given judge, and yields questions and implications that traditional legal theory has overlooked. (VERMEULE, 2011, p. 134).

[6] This is a contrarian view, at least in today's judge-besotted constitutional culture. It rests in part on a rule-consequencialist critique of ambitious judicial review. The idea is that judicial review always produce a set or package of outcomer over na array of cases, that some of those outcomes will be good and others bad, and that proponents of amitious judicial review fantasize that they can have the good without the bad. (VERMEULE, 2006, p. 12)

[7] Theory without institutional analysis spins its wheels, unable to gain traction on the question of what interpretive rules real-world judges should use. (VERMEULE, 2006, p. 82).

A contemporaneidade de seus textos impede, por ora, que seja possível uma revisão bibliográfica da obra completa do autor. Assim, focaremos a análise da teoria de Adrian Vermeule em alguns conceitos-chave iniciados em *Judging under Uncertainty* (2006) e aprofundados em *The System of the Constitution* (2011), com a construção de uma teoria dos sistemas complexos.

Cumpre desde já alertar que a intenção deste estudo é trazer à tona uma parte de seus conceitos principais, sem a pretensão de ser uma análise definitiva ou estática sobre os enfrentamentos e posturas que o autor assume diante das problemáticas institucionais que ainda surgem no Estado norte-americano, contexto atual de desenvolvimento de sua teoria. Assim, serão trazidos aspectos relevantes destas duas principais obras que sejam aptos a questionar a tomada de decisões do STF principalmente no caso que se pretende analisar mais à frente.

Em *Judging Under Uncertainty* (2006) o autor apresenta a tese que a atividade interpretativa é multidimensional e inevitável, já que interpretar é lançar mão de instrumentos.

Nesta obra, Vermeule desconstrói a teoria decisional dos últimos quarenta anos por meio de um olhar operacional e formalista de interpretação legal, no sentido em que compreende que a análise de capacidades institucionais deve contribuir para a otimização das instituições no cumprimento de seus deveres institucionais.

Segundo o autor, os juízes devem seguir os claros e específicos significados dos textos legais e ser deferente à interpretação dos órgãos legislativos e administrativos[8]. A obra se pauta em duas teses centrais, a metodológica e a substantiva.

Metodologicamente, a análise institucional se mostra indispensável em qualquer interpretação legal, e o melhor procedimento decisional vai variar de acordo com os parâmetros de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos[9].

Substantivamente, o formalismo será sempre a melhor opção para a escolha decisional dentro das instituições, dentro de uma perspectiva de nível operacional - *second-best accounts*[10].

[8] Correntemente em sua obra, o autor aborda o conceito de "stalemate of empirical intuitions", ou seja, o "beco-sem-saída das intuições empíricas", articulando o dilema que juízes institucionalistas enfrentam na atividade interpretativa (VERMEULE, 2006, p. 153 e ss – Capítulo 6).

[9] The best decision-procedure will vary with the facts about institutional capacities and systemic effects. (VERMEULE, 2006, p. 2)

[10] This is a second-best claim: fallible judges are less likely to recapture legislators' intentions successfully by using such documents than by refusing to use them. (VERMEULE, 2006, p. 2-3)

Segundo o autor, no nível de comandos expressos, a Constituição não define nem toma partido na competição entre as aproximações interpretativas que caracterizam a moderna teoria legal - *first-best* - como, p. ex. os debates sobre constitucionalismo, democracia, ou a natureza do direito (VERMEULE, 2006, p. 31). Em razão desta premissa, as considerações decisivas para a interpretação são, portanto, institucionais - *second-best* (VERMEULE, 2006, p. 33).

A denúncia principal da obra diz respeito, portanto, à cegueira institucional (*institutional blindness*) na teoria interpretativa anglo-americana e sua consequência de criação de alguns estereótipos institucionais, principalmente uma noção equivocada de atribuição de supremacia e última palavra às Cortes sem uma consciência racional sobre suas limitações e realidade institucional[11].

Adrian Vermeule (2006, p. 36-39) trabalha três principais razões que levaram à cegueira institucional. A primeira delas é a confusão de papéis (*role confusion*) na perspectiva dos juízes que, quando instados a julgar, não identificam entre as hipóteses permitidas para sua análise a perspectiva institucional, seja por razões de formação jurídica ou mesmo de uma cultura jurídica mais generalizada.

A segunda delas é a ideia de especialização acadêmica (*specialization*) que induz a uma rejeição do formalismo na interpretação judicial. Assim, especialistas (acadêmicos) criticariam as decisões judicial que não explorassem todas as nuances dos casos particulares, com a devida análise histórica, política ou social para cada uma dessas perspectivas.

Aqui no Brasil essa crítica assume contornos muito interessantes, tendo em vista, por exemplo a notória extensão dos votos e a frequente utilização de uma gramática muito elaborada e com a menção a farta doutrina estrangeira na construção dos argumentos pelos ministros do STF.

Para o autor, essa pressão por uma fundamentação exaustiva e complexa de todos os temas trazidos faria com que o juiz se esquivasse na análise formalista e institucional[12].

---

[11] In its most virulent form, institutional blindness in legal theory manifests as out-and-out philosophizing, a style of interpretive theory that attempts to move directly from first principles to operational conclusions, skipping over the intermediate institutional terrain. I attempt to show, not merely say, that no such leap is possible; on any first-best account, intermediate institutional premises will determine the operational conclusions. (VERMEULE, 2006, p. 9)

[12] Aqui é interessante mencionar o caso recente de muita repercussão na mídia do desastre ambiental de Mariana. Um fato que reflete essa preocupação de dar nuance a muitos aspectos e complexificar a decisão por parte das próprias instituições que dão suporte à atuação judicial, é a petição inicial e uma das diversas ações civis públicas que estão correndo no Judiciário em decorrência da responsabilização civil e ambiental sobre o desastre. A petição inicial disponível no site do Ministério Público Federal (MPF) de uma das ações civis públicas do caso possui, sem anexos, o total de 359 páginas, o que impõe um ônus argumentativo muito

Um terceiro motivo para a cegueira institucional, que demonstra o início de uma preocupação sistêmica do autor, é a preocupação do judiciário quanto a casos particulares em detrimento de uma análise sistêmica global da tomada de decisões (*distorcing force of particulars*)[13].

Para isso, Adrian Vermeule propõe a *institutional turn* ou virada institucional por meio de uma série de enfrentamentos teóricos. O primeiro deles é a noção que as premissas maiores (*high-level premises*) são sempre fatalmente abstratas e que devem ser complementadas por uma análise institucional de nível menor, para a melhor qualidade da decisão (*interpretive outcome*). Por vezes, o olhar abstrato exclusivo sobre as *high level controversies* chega a ser irrelevante aos problemas operacionais gerados pela decisão[14].

O segundo enfrentamento sugere que o formalismo produz melhores resultados para o sistema jurídico sistemicamente considerado que as teorias não-formalistas, tendo em vista a análise de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos.

A noção de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos são centrais na obra de Adrian Vermeule, e decorrem de uma visão sistêmica complexa sobre a atividade interpretativa e sobre as variáveis e contingências institucionais[15] aprofundada na obra *The System of the Constitution* (2011).

Cumpre primeiro fazer uma breve análise destas noções, para então passar à noção do sistema constitucional como um sistema complexo.

1.1 Capacidades Institucionais

Conforme desenvolvido até aqui, pode-se dizer que o argumento de capacidades institucionais envolve todo o debate sobre a falibidade dos tomadores de decisão e a dificuldade do processo de interpretação. Assim, a percepção de uma capacidade

---

grande para a decisão judicial de 1ª instância e, em termos pragmáticos, demanda um uso de tempo expressivo do órgão e exige um algo grau de racionalidade e sofisticação das informações analisadas. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ACP Samarco 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco/view>. Acesso em 05 jun. 2016.)

[13] The concern here is that vivid costs in particular cases may trigger cognitive failings in both theorists and judges, causing them to overreact to the specifics of particular cases while ignoring the overall systemic effects of the interpretive rules they defend or adopt. (VERMEULE, 2006, p. 38).

[14] The significance of interpretive-choice analysis is that it cuts the links between high-level premises – such as jurisprudential commitments, claims about the nature of language, and accounts of democracy or constitutionalism – and the toperational, ground-level rules that judges are to follow. (VERMEULE, 2006, p. 66-67)

[15] The possibility of operating-level formalism, then, is na empirically contingente one within our legal system. Upon what contingencies does that possibility depend? Let us consider a more systematic listo f the institutional variables that must be explored in order to assess the appeal of formalism as a decisionmaking strategy at the operational level of statutory and constitutional interpretation, given the institutions of our legal system. (VERMEULE, 2006, p. 76-77)

institucional envolve a noção da análise de custo-benefício na escolha de um determinado órgão para a tomada de um determinado tipo de decisão para a minimização dos erros e incertezas.

Essa falibilidade pode ser analisada de diversas formas, segundo Adrian Vermeule (2006, p. 76-ss). A primeira dela diz respeito à deficiência cognitiva de seus membros (*motivational and cognitive components*) e a segunda diz respeito à falha informacional. Segundo Adrian Vermeule, os intérpretes cometem erros em decorrência de informação limitada e capacidade limitada de processar essas informações, incluindo a vulnerabilidade a erros cognitivos[16].

No capítulo 6 da obra *Judging Under Uncertainty* o autor explora de forma mais profunda os dois principais dilemas institucionais: a racionalidade limitada (*bounded rationality*) e as informações limitadas (*uncertainty*) colocando a seguinte questão emblemática: "Judges, like other decisionmakers, are never fully rational" (2006, p. 155).

1.2 Efeitos Sistêmicos

A segunda principal questão sobre a dificuldade do processo de tomada de decisão diz respeito à ausência de previsão de efeitos sistêmicos e o custo da correção de erros. Além disso, o custo do próprio sistema de justiça também aumenta quando se aumenta os custos da decisão, com relação ao planejamento[17].

O reconhecimento de que a interpretação legal e constitucional pelos juízes é coletiva, e que dela resulta a possibilidade de (i) desacordo; (ii) incoerência; e (iii) instabilidade na teoria e prática da interpretação judicial aponta que a utilização apenas de teorias de *first-best* não é suficiente para a melhor escolha interpretativa[18].

[16] Well-motivated interpreters might make mistakes because of limited information, limited capacity to process information, and bounded rationality, including vulnerability to cognitive erros. Even cognitively perfect interpreters, however, might make mistakes because they are not trying to avoid them. (VERMEULE, 2006, p. 77-78).

[17] A final question is whether a nonformalist judiciary will greatly increase the cost of decision for courts, litigants, and those seeking legal advice. A large issue here involves planning; nonformalist approaches might so increase uncertainty as to make planning costly or impossible. (VERMEULE, 2006, p. 79)

[18] The point that second-best questions are inescapable is, I have suggested, especially damaging to a particular class of democracy-forcing arguments. Recognition of the collective structure of constitutional and statutory interpretation by judges and the resulting possibility of disagreement, incoherence, and instability in the theory and practice of judicial interpretation pushes strongly in the direction of second-best interpretive theory. (VERMEULE, 2006, p. 147)

Essa questão sistêmica é aprofundada na obra *The System of the Constitution* (2011). O livro pretende traçar as implicações de uma única premissa: qualquer ordem constitucional complexa é melhor entendida como um *sistema dos sistemas*[19].

Ao partir de uma perspectiva de dinamicidade, Adrian Vermeule utiliza-se de farta doutrina econômica para apontar elementos de agregação e de mão-invisível que sustentam a explicação do processo de tomada de decisão nas democracias constitucionais.

A análise constitucional, neste sentido, examina a interação entre instituições que por sua vez dependem da interação entre seus membros. Assim, haveria sempre dois níveis de agregação: individuais para as instituições e instituição para a ordem constitucional (2011, p. 3).

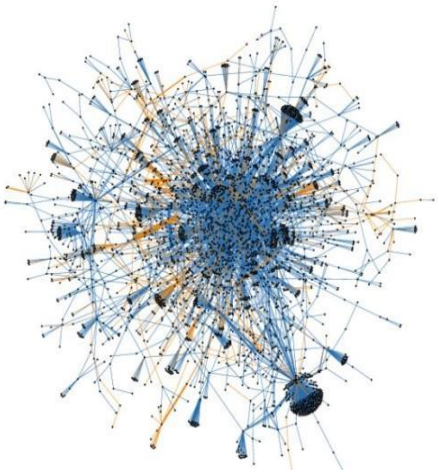


Imagem1 – Níveis de agregação (sistema dinâmico, não linear, que contém grande número de interações entre as partes[20]*).*

O sistema se refere justamente a tais agregações, cujas propriedades são determinadas pela interação de seus componentes. Por isso que a ordem constitucional foi colocada como um sistema dos sistemas, ou seja, um agregado dos agregados.

Para Adrian Vermeule a teoria sistêmica acaba sendo uma ferramenta analítica indispensável a análise do sistema constitucional e sua preocupação é apontar a dificuldade de imprevisibilidade dentro deste sistema[21].

---

[19] This book attempts to trace out the ultimate implications of a single premise: any complex constitutional order, including our own, is best understood as a system of systems. (VERMEULE, 2011, p.3)

[20] Imagem retirada do blog Fernando Nogueira Costa, "Modelagem de Sistemas Complexos para Políticas Públicas". 2015. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2015/09/17/modelagem-de-sistemas-complexos-para-politicas-publicas/>. Acesso em: 05 jun. 2016.

[21] A teoria dos sistemas complexos sabidamente não foi criada por Adrian Vermeule. Ela data da década de 70 e tem origem nas "ciências duras" (biologia comportamental, computação e estatística) tendo como um de seus principais expoentes Ludwig Von Bertalanffy (1972) que inicia a noção de teoria dos sistemas focando

A empreitada da obra se insere num complexo de ideias correlatas: efeitos sistêmicos, propriedades emergentes, efeitos surpresa da agregação. Apesar da diversidade de parâmetros que as diversas teorias dos sistemas apresentam, Adrian Vermeule foca no núcleo duro da teoria sistêmica: a ideia de que instituições, grupos e outros agregados podem ter propriedades emergentes que não podem ser deduzidas apenas verificando-se seus componentes ou membros de forma isolada, um a um[22].

Essas propriedades surgem da interação e relacionamento de seus componentes.

Um exemplo que pode ser trazido é a ideia de um sistema democrático em que nem todas as suas instituições tenham um desenho democrático (2011, p. 4-5), ou seja, a ideia que em um sistema jurídico composto de Parlamento e Corte Constitucional tenham ciclos desencadeados por diferentes circunstâncias nas duas instituições e que compensem um ao outro, resultando em menos arbitrariedades no nível sistêmico que no nível individual das instituições consideradas.

2. O Modelo de Litígio Estrutural e seu Impacto nas Decisões

Presenciamos nas últimas décadas uma intensa e muito rica produção dos Tribunais e Cortes Constitucionais em matéria de novos modelos decisórios, novos papéis constitucionais e novas funções administrativas[23]. Nesta nova onda de revolução institucional quanto a seu papel, uma das Cortes mais proeminentes em termos de inovação e criatividade institucional é a Corte Constitucional da Colômbia.

A Corte Constitucional da Colômbia na década de 90[24], diante de um cenário de profunda e permanente violação a direitos humanos, desenvolveu a chamada teoria do "Estado de Coisas Inconstitucional" (ECI).

---

em aspectos como a interação entre diversos sistemas e a dinamicidade da composição de elementos dentro de um sistema. Teóricos posteriores desenvolveram a teoria e Adrian Vermeule pode ser considerado um dos que desenvolveram o pensamento dentro da área jurídica.

[22] The core is the simple idea that institutions, groups and other aggregates – including nested aggregates of aggregates – can have emergente properties that cannot be deduced by inspecting their componentes or members in isolation, one by one. Those properties arise from the interaction and relationship of the components. (VERMEULE, 2011, p. 8)

[23] A criação de: recomendações ao legislador, sentenças aditivas, sentenças interpretativas, manipulativas e declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade, dentre outras técnicas decisórias de nomenclaturas muito diversas, as cortes constitucionais começaram a atuar na inação dos demais poderes, nas falhas do sistema, caso a caso, a partir do contato com essas demandas.

[24] A decisão precursora na aplicação da teoria do "estado de coisas inconstitucional" foi no ano de 1997, na Sentencia de Unificación (SU) n. 559, quando a Corte Constitucional da Colômbia constatou, a partir da recusa de direitos previdenciários de 45 professores municipais, que havia um descumprimento generalizado no país dos direitos previdenciários dos professores. A decisão, ao prever um "dever de colaboração" com outros poderes, ao declarar o estado de coisas inconstitucional, determinou aos municípios que corrigissem a

Basicamente, a teoria coloca que em determinados casos considerados críticos, a Corte Constitucional poderia atuar de forma estruturante pelo instrumento das *acciones de tutela* ao reforçar, recriar e fiscalizar o cumprimento de políticas públicas que estavam sendo malconduzidas até então[25]. Ordenando o levantamento de dados, estipulação de metas, cumprimento de orçamentos e acompanhamento de tarefas[26], nos últimos anos este modelo de atuação protagonista em temas de direitos humanos foi considerado uma iniciativa de vanguarda na garantia de direitos humanos.

O modelo foi replicado pelo mundo em diversos países, na América Latina a Argentina e o Peru, pode-se dizer que também na Itália e nos Estados Unidos tivemos decisões entre os anos 2000 e 2015 pautadas em sentenças estruturantes. Também podemos mencionar a experiência do Tribunal Supremo da Índia, ocupando-se de problemas sociais fundamentais como a fome e o analfabetismo, e cuja experiência traz a possibilidade de comissões judiciais assessoras que supervisam o cumprimento das decisões dos tribunais, assim como na Corte Constitucional da África do Sul que se destaca em temas como moradia e utilização metodológica de jurisprudência estrangeira (GARAVITO *in* GARGARELLA, 2014, p. 213-214).

Esta nova perspectiva para atuação das cortes constitucionais revela aspectos valiosos para a compreensão e definição de rumos dos modelos constitucionais modernos, já que reflete toda a evolução jurisprudencial pela qual o modelo de funcionamento e estrutura das cortes constitucionais encampou nos últimos anos.

Chamado de "litígio estrutural", tendo em vista sua natureza de integração e estruturação de uma cadeia de execução, o modelo decisório ainda é alvo de um experimentalismo nos países que o adotaram. Uma das cautelas das Cortes na discussão deste mecanismo é não substituir a Administração Pública no papel de articulação e desenvolvimento de políticas sobre os casos analisados, mas tomar à frente um papel de órgão integrador quando os espaços de diálogo falharam nessa função.

Mas inevitavelmente, ao lidar com questões complexas que envolvem a articulação de diversos órgãos (p. ex. sistema carcerário ou o caso do deslocamento forçado

---

inconstitucionalidade, ordenou o envio de cópias da sentença a diversos ministérios e órgãos da Administração Pública para providências práticas e orçamentárias.

[25] "The Colombian Constitutional Court has established a series of statements to identify those rights that would be enforceable through the courts, primarily through the filing of an acci ´on de tutela. Since the issuance of the Constitution, the Court defended a nonformal approach to the definition of fundamental rights, stating that fundamental rights subject to immediate application are not only those defined as such by the constitutional text." (ARIZA, 2013, p. 137)

[26] V.g. Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26/5/1998; Sentencia T-590, de 20/10/1998; Sentencia T – 525, de 23/7/1999, para citar algumas decisões da Corte Colombiana no período, disponíveis no site do Tribunal: < http://www.corteconstitucional.gov.co/>. Acesso em: 27 out. 2015.

de pessoas na Colômbia[27]) há um impacto muito grande em termos de determinação e execução de políticas já previamente organizadas e orientadas por outras instituições.

Essa nova modelagem de atuação judicial é um terreno fértil para o desenvolvimento de estudos de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos, nos moldes da teoria institucional e da teoria dos sistemas complexos de Adrian Vermeule acima retratadas.

Isso se dá, pois, a articulação de órgãos responsáveis pelo planejamento, execução e controle é totalmente reformulada pela decisão, e mais que isso, os conteúdos abordados pelos julgados possuem um impacto social e uma pretensão universalizante que apenas uma análise sistêmica comportaria a infinidade de ligações e espectro de impacto pretendidos.

O aumento da interação entre instituições também gera o aumento da interação entre seus membros[28]. Uma análise profunda de mecanismos de agregação das decisões é fundamental:

> The implication is that between the individual judge and the outputs of the constitutional order two level of aggregation intervene: from judges to the court or judiciary as a whole, and from the judiciary to the interacting system of lawmaking institutions. (VERMEULE, 2011, p. 178).

Como coloca Adrian Vermeule, se a perspectiva sistêmica é uma ferramenta analítica indispensável, especialmente na teoria constitucional[29], quanto mais nesse tipo de atuação inaugurada pelas Cortes.

3. Análise da ADPF n. 347 e Efeitos Sistêmicos

Após diversas provocações a respeito do sistema carcerário, em sessão plenária realizada em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente a medida cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

[27] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.

[28] In almost any modern legal system, the higher reaches of the judicial hierarchy are occupied by multimember judicial bodies who interact with multimember legislatures and a multiplicity of other institutions. (VERMEULE, 2011, p. 177)

[29] My central claim, then, is that the systemic perspective is an indispensable analytic tool, especially in constitutional theory. Constitutionalism is a system of systems that arises from the interaction of institutions within an overall constitutional order. (VERMEULE, 2011, p. 176)

(ADPF) n. 347, que pediu providências para a crise prisional do país, a fim de determinar uma série de medidas, cautelares e terminativas[30].

Foram concedidos os pedidos das alíneas: **b)** aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão, **h)** liberação, sem qualquer tipo de limitação, do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional – Funpen para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos; e, por maioria dos votos, a Corte acolheu proposta do ministro Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema prisional - indeferidos todos os demais pedidos.

A determinação para liberar o saldo do Funpen foi apoiada pelos dez ministros que participaram do julgamento; houve apenas divergência para o prazo que isso seria obrigatório. Os ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber votaram para dar ao governo 60 dias para se adequar, mas acabou prevalecendo o voto do Min. Rel. Marco Aurélio, para dar cumprimento imediato à medida – a partir da publicação da ata de julgamento.

Tais divergências, quanto ao prazo ou forma de aplicação e ordenação, foram constantes durante todo o julgamento. Tendo em vista a quantidade de pedidos formulados

[30] Pedidos em sede cautelar: a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal; b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão; e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas "e" e "f" acima; h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

na ação (de "a" a "h" – oito pedidos cautelares, e no mérito nove pedidos que ainda não foram totalmente apreciados) e a complexidade envolvida na procedência e execução das demandas, os ministros trataram quase que exclusivamente nos seus votos sobre impactos da decisão[31].

Porém, a discussão sobre efeitos sistêmicos indesejados da decisão ficou muito evidente com um ponto específico trazido pelos ministros: uma possível epidemia de ajuizamento de Reclamações sobre determinados capítulos da decisão em razão da estipulação de uma decisão judicial que reforce diretrizes básicas já decorrentes do sistema jurídico e que pudessem ser suscitadas em milhares de ações individuais no Brasil.

O Min. Luís Roberto Barroso inaugura a discussão sobre esse cenário quando tratou dos efeitos dos pedidos: "a" (necessidade de motivação expressa das decisões que determinem a prisão provisória)[32], "c" (consideração do dramático quadro das penitenciárias brasileiras nas decisões)[33] e depois, ao final do voto, consolidando sua posição:

> Eu gostaria de reiterar que as medidas cautelares que eu não estou conferindo, sobretudo, as medidas cautelares "a", "d" e "e", não significam propriamente uma negativa do fundamento que elas trazem em si, mas uma concordância com os pedidos, mas na firme convicção que eles já decorrem do sistema jurídico, e, portanto, já impõem ao sistema jurídico esse dever de motivação da não aplicação das penas alternativas em lugar da pena de prisão e o dever que o juiz tem de levar em conta o estado drástico do sistema na fixação das penas. Portanto, Presidente, eu estou, em essência, acompanhando as concessões de cautelar do Ministro Luiz Edson Fachin, sem divergir propriamente das que foram

[31] Como é possível verificar da menção expressa à expressão "capacidades institucionais" pelo Min. Rel. Marco Aurélio: "No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes." (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 35, grifou-se) e "Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente." (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 36, grifou-se)

[32] Mas não me anima a conceder uma medida cautelar para determinar aos juízes que cumpram a Constituição e as Leis, sob pena - aqui não é propriamente uma jurisprudência defensiva, mas é um argumento lógico - de caber eventualmente reclamação de toda e qualquer decisão que aplique pena de prisão, pelo fundamento de que a motivação não foi satisfatória. Acho que esse é um risco que o Tribunal não precisa correr, porque já decorre da Lei esta necessidade de motivação. Não acho, porém, irrelevante que o pedido tenha sido feito para dar oportunidade ao Tribunal de reiterar a existência desse dever, mas penso que o Tribunal não precisa dar uma cautelar em ação abstrata para determinar que os juízes cumpram a Constituição e a Lei. Portanto, sem prejuízo de reavaliar a matéria ao final dos debates, ou quando julgarmos o mérito, eu não estou deferindo o pedido cautelar da letra "a". (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 74, grifou-se)

[33] A medida cautelar referida na letra "c" pede que se determine aos juízes que considerem o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, no momento da concessão de cautelares penais, no momento da aplicação da pena, e durante o processo de execução penal. Também aqui, Presidente, eu interpreto este pedido cautelar da letra "c" como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso levar em conta que o sistema está sobrecarregado, que o Sistema não ressocializa, que o sistema embrutece. Porém, acho que já decorre do sistema jurídico esse dever dos juízes, e também não veria razão para verter essa determinação em uma ordem cautelar. É certo que, muitas vezes, os juízes não levam isso em conta, pois estou aqui reafirmando que devem levar isso em conta, mas não sob a forma de medida cautelar vinculante, ensejadora de reclamações. (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 75, grifou-se)

> concedidas pelo Ministro Marco Aurélio em relação aos outros itens, mas na crença de que já decorrem do sistema e pela suposição de que a concessão de medida cautelar produziria uma enxurrada de reclamações. (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 78, grifou-se)

Tal argumentação prossegue no voto do Min. Teori Zavascki sobre a inadequação de determinações por parte do STF de diretrizes que "decorrem do próprio sistema normativo" (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 80) nos moldes trazidos por Luís Roberto Barroso que ensejaria reclamações e acrescenta a tese que a não fundamentação exaustiva por parte dos juízes ou mesmo o não-cumprimento da audiência de custódia já ensejaria recurso dentro do processo de origem, e portanto não necessitaria de determinação do STF[34]. Ainda sobre efeitos sistêmicos e a enxurrada de Reclamações, houve a partir da fundamentação do Min. Teori uma discussão dos ministros sobre o tempo mínimo hábil para implantação por determinação judicial das audiências de custódia, para que não haja uma enxurrada de reclamações pelo descumprimento do CNJ da decisão (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 87).

O Min Luiz Fux retoma o argumento do fantasma das Reclamações em seu voto fazendo um raciocínio pautado na "função pedagógica" do julgado diante de todo o Judiciário brasileiro, e coloca que não cabe ao STF "ficar podado de agir nesse âmbito" por conta do medo de Reclamações (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 118-119).

O ministro argumenta que também não cabe reclamação como substitutivo do recurso cabível por descumprimento de decisão na ação de descumprimento de preceito fundamental, levantando um precedente do STF (Recl. n. 10.793). Ele faz uma comparação entre o sistema norte-americano e o brasileiro, defendendo a judicialização destas questões na experiência nacional, em detrimento da experiência norte-americana, que cabe trazer:

> Esse ativismo, essa suposta judicialização de questões que, segundo alguns, não nos dizem respeito, nos diz respeito na medida em que a Constituição Federal nos obriga a prover tão logo provocado. Se nós tivéssemos nos Estados Unidos, talvez a Suprema Corte de lá pudesse se pronunciar ou não - "não julgo, acho que a sociedade não está preparada". Lá, há a denominada reserva do possível, Professor Cass Sunstein, enfim... Mas, aqui, não. Aqui, nós estamos diante de uma ação que vai permitir ao Poder Judiciário estabelecer regras de como devem agir os juízes, pedagogicamente, com eficácia erga omnes e sem prejuízo de nós não nos assustarmos com o cabimento de reclamação, porque, eu repito, e até sugiro que se expeça um entendimento sumular no sentido de que a reclamação

[34] De qualquer modo, no exame das medidas liminares, é preciso que a posição do Supremo Tribunal Federal seja responsável no sentido de que a medida eventualmente deferida possa ser efetivamente cumprida. Por outro lado, é preciso também considerar que o seu cumprimento pode ser exigido por via de reclamações. É muito importante que a medida liminar não fique, assim como a própria decisão definitiva num caso como este, apenas no plano simbólico, ou no plano retórico, ou no plano acadêmico. (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 79)

> não é meio substitutivo de recurso. Porque, a partir do momento em que houver transgressão a essas regras de proceder pelos juízes, eles estarão cometendo uma ilegalidade passível de solução, através do recurso cabível. (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 117. Grifou-se)

O Min Gilmar Mendes retoma a questão para trazer a solução na formação dos juízes, mais que na mera correção de decisões não fundamentadas ou que não imponham as medidas pleitadas na ADPF. Para o ministro:

> "[...] talvez fosse mais recomendável atuar no campo da formação, conscientizando os magistrados acerca do estado de coisas e de suas consequências. A ENFAM, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados pode ser chamada a protagonizar essa transformação, oferecendo treinamentos que contemplem a situação prisional e as medidas alternativas ao encarceramento." (MC-ADPF n. 347/DF, 2015, p. 139).

Houve resposta por parte da comunidade jurídica, quando da publicação do julgamento. Para além das críticas com relação a ineficiência da mera liberação do Fundo e falta de correção da atividade (tendo em vista que a não-liberação da verba na maioria das vezes é fundadas em corrupção, falha de procedimento licitatório e licenciamento, dentre outras) (RECONDO, 2015); a maior crítica foi com relação ao papel do próprio Judiciário na transformação pleiteada[35].

Com o uso do argumento das Reclamações Constitucionais (efeitos sistêmicos da decisão) o STF não exerceu seu principal papel no combate às violações de direitos humanos ocorridas neste cenário, que seria a possibilidade de uma mudança *interna corporis* com relação à cultura do encarceramento.

Rubens Glezer e Eloísa Machado também corroboram o sentimento de decepção diante da decisão mencionada: "[...] este resultado foi estrondoso, porém, mascara que, nos detalhes, qualquer traço de mudança real foi apagado pelos ministros do Supremo. Na prática, nada muda." (2015)

Vê-se que o argumento de base sistêmica foi determinante na condução do julgamento, desde a primeira menção pelo Min. Luís Roberto Barroso, tendo em vista a preocupação com um único efeito possível (indesejado) decorrente da tomada de decisão e interpretação constitucional com efeito vinculante na ADPF. E os demais?

[35] Entretanto, não foi acatada nenhuma medida cautelar voltada a lidar com as decisões judiciais de encarceramento, parte crucial do problema. Ministros como Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – ambos com experiência significativa na presidência no CNJ – reconhecem na cultura punitiva do Judiciário a fonte primordial para a crescente superpopulação carcerária e, consequentemente, para o "Estado de coisas inconstitucional." (GLEZER, MACHADO, 2015)

4. Questionamentos Propostos

Diante do exposto algumas reflexões merecem ser colocadas. A primeira delas diz respeito à ausência de uma análise institucional por parte dos ministros do STF em seus argumentos.

Ainda que vemos muitas vezes a menção a expressões próprias do desenvolvimento destas teorias, como "capacidades institucionais", tal uso se dá de forma dissociada do dilema institucional que se apresenta no processo de interpretação, e sua complementariedade no nível operacional (*second-best*) que deveria ser um dos fundamentos da decisão, principalmente neste caso que impacta tão diretamente o nível e a capacidade das demais instituições atuantes na resolução da crise do sistema carcerário[36].

Se há essa omissão com relação à análise institucional de capacidades institucionais em relação ao marco teórico aqui desenvolvido por parte do STF, há um esforço percebido quanto à perspectiva sistêmica, na análise de uma consequência possível e indesejada. Como visto, a partir do voto do Min. José Roberto Barroso, houve um diálogo e uma preocupação dos ministros a respeito da possibilidade da manifestação pelos jurisdicionados em suas ações individuais do uso da Reclamação Constitucional no STF.

A hipótese prevista nestes casos seria o uso do instrumento processual para garantir a autoridade das decisões do STF quando decisões monocráticas ou colegiadas do STF fossem desrespeitadas ou descumpridas por autoridades judiciárias ou administrativas – p.ex. em casos de desrespeito ao uso da audiência de custódia em processo penal ou prestação falha da atividade jurisdicional (como má-fundamentação da prisão preventiva).

Seria ilegítima a atuação do jurisdicionado nestes casos? Fica claro que com relação às possibilidades previstas na Lei para o ajuizamento do instrumento, não, caso o STF decidisse neste sentido na decisão.

Porém, o impacto com relação à atual carga processual que o Tribunal enfrenta, e o risco previsto de um efeito sistêmico seria a inviabilização de carga de trabalho na atuação do Tribunal era premente.

Questiona-se apenas se essa visão estaria de acordo com a proposta de litígio estrutural adotada pelo Tribunal. Mais que apenas um papel de mero articulador e

[36] Ainda que a referência intelectual expressa seja quase sempre a mesma, será que estamos todos falando da mesma coisa? Qual o terreno comum com base no qual a utilidade desse argumento pode ser apreciada? Nesse cenário intelectual, torna-se necessário um esforço de reconstrução do que exatamente está em jogo quando se recorre à noção de "capacidades institucionais" para orientar discussões brasileiras sobre o que e como os juízes devem decidir. (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 9)

ordenador, existe na finalidade do uso do mecanismo de litígio estratégico o olhar integrado, que envolve não apenas a cobrança de outros órgãos, mas uma perspectiva interna de execução das propostas também ali desenvolvidas[37].

Se a judicialização se apresenta como a única resposta possível dentro de um sistema em crise, como colocou o Min. Luiz Fux, mormente no caso brasileiro que admite essa intervenção, o uso das Reclamações Constitucionais pelos jurisdicionados seria uma reposta judicializante muito própria à lógica do uso da máquina judiciária na supressão de injustiças sociais epidêmicas. O uso de "sentenças estruturantes" pelo STF decorreria também da lógica judicializante na supressão de injustiças sociais epidêmicas.

Por fim, o último questionamento proposto seria se a previsão e discussão pelos ministros do STF da necessidade de se evitar a enxurrada de Reclamações foi suficiente para esse fim. A partir do resultado final da decisão, não foram admitidos os pedidos relacionados à postura dos membros do judiciário ("a", "c", "d" e "e") mas mesmo com a procedência apenas de dois dos pedidos, já houve o ajuizamento de Reclamação com base na concessão do pedido "b" que trata das audiências de custódia.

O que se pretende nesta parte final é lançar luz sobre estas questões. Não é um trabalho finalizado, mas visa trazer à tona uma série de questionamentos que as teorias do sistema e institucional podem colaborar na composição.

Quando Adrian Vermeule questiona a cegueira institucional (*institutional blindness*) ele questiona o quanto o processo de interpretação e tomada de decisão considera os elementos de segunda ordem, operacionais como influenciadores de uma ou outra posição adotadas.

Tendo em vista o alto risco, curso e benefícios conjecturais de uma atuação ambiciosa dos Tribunais, questiona-se se o sistema legal funciona melhor ou pior com essa previsão[38].

Com relação aos efeitos sistêmicos, Adrian Vermeule reforça que para atores internos à ordem constitucional (como o STF) a possibilidade de efeitos sistêmicos "surpresa" é ainda mais presente. Atores que não consideram efeitos sistêmicos falham em antecipar consequências ilimitadas perversas, e por isso não tomam medidas de precaução.

Para Adrian Vermeule: *julgar é uma atividade sistemicamente interdependente.*[39]

[37] A atenção à atuação judicial dentro da crise do sistema carcerário fica bem clara quando se trabalha o papel do CNJ e dos mutirões por este órgão realizado na análise do quadro crítico e o papel do juiz da Execução que deveria fiscalizar a situação dos presídios fazendo visitas regulares, que foi trazida mais de uma vez no julgamento.

[38] Given the high risks and strictly conjectural benefits of ambitious judicial review and its definite systemic costs, our legal order is better off without it. (VERMEULE, 2006, p. 231).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANADEP. ANADEP entra com Reclamação no STF para garantir implantação efetiva de audiência de custódia em todo o país. Portal ANADEP: ASCOM ANADEP ASCOM/CNJ e Ascom/Depende/MJ. Notícias. Publicado em 3 mai. 2016. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=27285>. Acesso em: 05 jun. 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. Revista Direito, Estado e Sociedade. n.38 p. 6 a 50 jan/jun 2011.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, do Distrito Federal. Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio. 2015. j. 9 set. 2015. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf. Acesso em: 05 jun. 2016.

COSTA, Fernando Nogueira. "Modelagem de Sistemas Complexos para Políticas Públicas". 2015. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2015/09/17/modelagem-de-sistemas-complexos-para-politicas-publicas/>. Acesso em: 05 jun. 2016.

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

GARGARELLA, Roberto. (org.) Por una justicia dialogica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. 358 p.

GLEZER, Rubens. MACHADO, Eloísa. Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. JOTA, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <jota.info/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 02 out. 2015.

LEVINSON, Daryl J. PILDES, Richard H., Separation of Parties, Not Powers. Harvard Law Review, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 06-07; Harvard Public Law Working Paper No. 131. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=890105

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ACP Samarco 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco/view>. Acesso em 05 jun. 2016.

[39] Judging, that is, is a systemically interdependent activity. (VERMEULE, 2011, p. 7)

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. The Executive Unbound: after the madisonian republic. New York: Oxford University Press, 2011.

RECONDO, Felipe. Porque liberar o Funpen não é a solução? JOTA, 18 de setembro de 2015. Disponível em: <jota.info/por-que-liberar-o-funpen-nao-e-solucao>. Acesso em: 02 out. 2015.

SUNSTEIN, Cass. A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doens't Means What It Meant Before. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. ―Interpretation and Institutions. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 28, 2002.

TUSHNET, Mark V. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VERMEULE, Adrian. Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

_____. The System of the Constitution. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

_____. The Constitution of Risk. NY: Cambridge University Press, 2014.

VON BERTALANFFY, Ludwig. "The History and Status of General Systems Theory". The Academy of Management Journal, 15:4, 1972.

WALDRON, Jeremy. ―The Core of the Case Against Judicial Review‖. The Yale Law Journal, Vol. 115, 1344, 2006.