



ADPF N. 347/2015: O DESCONTINGENCIAMENTO DO FUNPEN E O EFEITO BLACKLASH

Iago de Souza Marconi¹
Allana Regina Andrade Kinjyo²

Resumo: A presente pesquisa desenvolve-se com o escopo de analisar a repercussão das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF n. 347/2015, em que foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro. Em paralelo, tem-se a análise do constitucionalismo moderno que permite tanto a aplicação do ECI pelo STF quanto o surgimento de um fenômeno, cuja conceituação remonta aos EUA, denominado como backlash, caracterizado pela reação social (via Legislativo, Executivo ou Sociedade diretamente) contra decisões de cunho político ou polarizado emanadas da Corte Constitucional. No caso da ADPF n. 347/2015, observa-se o aparecimento do backlash na edição da MP 755/2016, bem como de sucessiva diminuição de repasses de verbas ao FUNPEN, em nítida oposição à decisão do STF de descontingenciar o fundo para financiar medidas com o escopo de superar o ECI. Em resposta, a Defensoria Pública da União ingressou no STF questionando as medidas adotadas pela União. Por meio dos métodos hipotético-dedutivo, bem como dialético aplicados a pesquisa bibliográfica, o trabalho mostra o que se espera do STF em matéria de decisão na reclamação da DPU, bem como teoriza a ocorrência do backlash no contexto do debate sobre o sistema carcerário do Brasil.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Backlash; ADPF n. 347/2015; FUNPEN; Efetividade.

ADPF N. 347/2015: THE RELEASE OF THE FUNPEN AND THE BACKLASH EFFECT

Abstract: The present research is developed with the scope of analyzing the repercussion of the decisions issued by the Federal Supreme Court in the case of ADPF n. 347/2015, which declared the Unconstitutional State of Affairs (ECI) of the Brazilian prison system. In parallel, there is the analysis of modern constitutionalism that allows both the application of the ECI by the STF and the emergence of a phenomenon, whose conceptualization dates back to the USA, called backlash, characterized by social reaction

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Instituição Toledo de Ensino (CEUB-ITE/SP); participante do grupo de Pesquisa “Direitos sociais em âmbito interno e internacional” da Instituição Toledo de Ensino (CEUB-ITE); bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB-ITE).

² Mestranda do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Instituição Toledo de Ensino (CEUB-ITE/SP); especialista em Direito da família e sucessões (ÚNICA/MG); bacharela em Direito pela FASB/BA. Advogada. E-mail: allanakinjyi@gmail.com





(from Legislative, Executive or Society directly) against political or polarized decisions emanating from the Constitutional Court. In the case of ADPF no. 347/2015, the backlash appears in the edition of MP 755/2016, as well as the successive decrease in transfers of funds to FUNPEN, in clear opposition to the decision of the STF to withdraw the funds to finance measures aimed at overcoming the ECI. In response, the Federal Public Defender's Office joined the STF questioning the measures adopted by the Union. Through hypothetical-deductive methods, as well as dialectical methods applied to bibliographic research, the work shows what is expected from the STF in terms of decision in the DPU complaint, as well as theorizes the occurrence of backlash in the context of the debate on the prison system of the Brazil.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs; Backlash; ADPF n. 347/2015; FUNPEN; Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

No alvorecer do século XXI, o mundo assistiu à concretização quase universal no mundo ocidental de uma hermenêutica constitucional voltada principalmente à efetivação de princípios constitucionais, não mais como meros elementos norteadores da interpretação por parte dos Tribunais Constitucionais, mas também como normas aptas a interferirem de forma direta na realidade social.

No Brasil não poderia ter sido diferente. A Constituição Federal de 1988, com seu amplo rol de direitos e garantias fundamentais, além de tantos outros mecanismos de proteção democrático de minorias e setores sociais até então menosprezados ou atendidos por políticas públicas deficientes.

A consolidação do protagonismo judicial, após a mudança do quadro que compunha o Supremo Tribunal Federal (nomeados durante o regime militar), aliado a fatores como a Emenda Constitucional nº 45/2004 e decisões cada vez mais sensíveis do ponto de vista político, colocaram o STF no centro das atenções, bem como reforçou seu poder de decisão e efetividade.

Consagrando um vasto histórico de decisões protegendo os direitos das minorias, notadamente no campo dos direitos das pessoas encarceradas, o Supremo Tribunal Federal caminhou para a segunda metade da década de 2010 com uma decisão até então sem precedentes na jurisprudência brasileira: a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional nos autos da ADPF nº 347/2015.

Fruto de um inegável ativismo judicial, sem mencionar a polêmica que permeia a temática, a decisão não tardou a ter seus críticos e reacionários, não só no campo do Direito mas, como imaginado, na própria sociedade civil e seus representantes.

A reação às medidas tomadas pelo STF prejudicam a efetividade da decisão e, como consequência, o desatendimento de direitos básicos de subjetivos de uma grande parcela da sociedade: a população encarcerada.

Diante do quadro fático, o questionamento que se faz é a respeito da legitimidade das reações à decisão tomada na ADPF nº 347/2015, bem como de que se trataria tal contra-ataque dos demais poderes e como o Tribunal deve lidar com isso.

Por meio dos métodos hipotético-dedutivo e dialético aplicados à pesquisa bibliográfica de autores ligados aos temas abordados, o presente busca responder os



questionamentos acima traçados, lançando luzes sobre o universo jurídico atual para entender qual seria o papel do STF diante dos desdobramentos da ADPF nº 347/2015.

2. ADPF N. 347/2015 E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi elaborada pela Corte Constitucional Colombiana, com clara influência nos *structural remedies*, originárias dos Estados Unidos. O ECI foi reconhecido e declarado pela primeira vez no direito colombiano em uma demanda que tinha por bojo os direitos previdenciários e de saúde de professores municipais das cidades colombianas de Zambrano e Maria La Baja³. Todavia, há que se ressaltar que até que se chegasse ao ponto da formulação plena de uma sentença com caráter constitucionalmente estrutural, resultante de um ativismo judicial desta corte, foi perquirido um considerável caminho histórico institucional, não sendo o citado caso apenas um momento isolado de ativismo da Corte Colombiana.

Na sentença primária do ECI proferida na SU-559 de 1997, tratava-se da situação de inconstitucionalidade dos docentes municipais, ao qual em sede de tutela jurisdiccional, a Corte reconheceu que 45 (quarenta e cinco) docentes não estariam gozando dos seus direitos previdenciários diante da negativa de suas filiações ao Fundo Nacional de Prestação do Magistério (FERREIRA, 2021). No caso concreto, a Corte não se limitou à tutela dos direitos subjetivos desses professores, tendo ido além ao proceder investigação de possíveis falhas que resultaram na violação dos direitos, a fim de que fosse possível a superação destas, a partir de uma visão objetiva dos direitos fundamentais.

Restaram identificados diferentes motivos que justificaram tal quadro de violação, reconhecendo que tal fato de inconstitucionalidade não poderia ser imputado tão somente a um único órgão, razão pela qual os juízes citaram tratar-se de uma cadeia de razões e consequências de estado de coisas (CAMPOS, 2019, p. 129) que conflitava com a constituição política daquele país. O jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019, p. 130) assevera que “ante o reconhecimento da complexidade da situação, a Corte além de assegurar a filiação específica dos demandantes aos respectivos fundos previdenciários locais, dirigiu-se a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo”. Ao passar dos anos, por diversos momentos a técnica do ECI foi utilizada pela Corte Colombiana, sendo aperfeiçoada ao longo do tempo a ponto de iniciar sua exportação para Cortes Constitucionais de todo o mundo.

O Estado de Coisas Inconstitucional, em sua dupla medida de aplicabilidade, no plano constitucional e fática, pode ser compreendido como uma ferramenta processual, ao qual Paixão (2017, p. 51) alude que “fornece o significado constitucionalmente adequado e, por outro lado, analisa o contexto fático e determina a sua compatibilidade ou não com a ordem jurídica vigente.” Em termos de conceituação, Ariza (2013), procede a seguinte formulação sobre a técnica, *in litteris*:

³ Ver as *Sentencias T-068 de 1998, Rel. Alejandro Martínez Caballero; T-153, de 1998, Rel. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-250, de 1998. Rel. Alejandro Martínez Caballero; T-590, de 1998, Rel. Alejandro Martínez Caballero; T-606, de 1998, Rel. José Gregorio Hernández Galindo; SU-090, de 2000. Rel. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-847, de 2000. Rel. Carlos Gaviria Díaz; T-1695, de 2000. Rel. Marta Victoria SÁCHICA Méndez; T-025, de 2004. Rel. Manuel José Cepeda Espinosa.*



A doutrina do [estado de coisas inconstitucional] defende a intervenção estrutural da Corte Constitucional naqueles casos em que detecta uma violação massiva e sistemática de direitos. Tal situação é entendida como tendo sido gerada por deficiência dos arranjos institucionais do Estado. [...] quando a Corte detecta um “bloqueio institucional” que gere uma violação de direitos dessa magnitude, ela declara a existência de uma realidade inconstitucional sendo a principal consequência que a Corte passa a cumprir de criar políticas públicas, alocar recursos e implementar direitos sociais e econômicos que seriam de competência do poder legislativo em um modelo convencional de separação de poderes. (ARIZA, 2013, p. 129).

A ferramenta processual do ECI tem por objetivo, através do ativismo judicial da Corte Constitucional que for aplicá-la, proceder ao reconhecimento da existência massiva, e de forma contínua, de situações que configuram um cenário de violação de direitos fundamentais, previstos na Constituição de cada país.

Esse movimento jurisdicional se mostra substancial quando da verificação da ocorrência de ações comissivas e omissivas de certos poderes, órgãos e instituições públicas, e que somente através das decisões proferidas pela Suprema Corte, será possível proceder à minimização dos prejuízos que já são percebidos e suportados por cidadãos, que têm seus direitos violados. É a partir do reconhecimento e declaração do ECI, através uma sentença estruturante, que será possível refutar jurisdicionalmente o movimento procedido através da omissão do Estado.

Para que se configure o ECI é necessário o preenchimento de pressupostos objetivos, quais sejam: a) a verificação de quadro massivo de violação de direitos, que atinja um grupo social considerável; b) a reiterada omissão por partes de órgãos e instituições públicas, caracterizando a tutela deficiente de suas obrigações; c) expedição de remédios processuais e estruturais, destinados a um grupo de atores públicos; d) efeito amplo, efetivo e único, a fim de alcançar e superar o maior número de casos atingidos pela inconstitucionalidade da situação, objetivando evitar o congestionamento da máquina judiciária com a repetição de demandas no mesmo sentido, já superado.

A doutrina constitucionalista brasileira sustenta que haverá omissão constitucional passível de arguição, quando verificada inexistência de previsão infraconstitucional que proceda a complementação do dispositivo constitucional de aplicação imediata e eficácia limitada. Entretanto, a partir da análise da técnica decisória do ECI, no plano do ordenamento brasileiro, observa-se divergências de hermenêutica jurídica, considerando que a partir dos requisitos elaborados pela Corte Colombiana, trata-se de omissão constitucional de direitos fundamentais, o que não seria possível aplicar no direito pátrio, haja vista a classificação tradicional dos direitos constitucionais, que resulta na aplicabilidade imediata e eficácia plena dessas normas e, conseqüentemente, inexistência de possível omissão constitucional.

Vistas sob esta ótica do reducionismo semântico-estrutural, as normas ditas como autoaplicáveis, bojo substancial da técnica do ECI, teoricamente não poderiam ter sua aplicabilidade e efetividade revisadas pelo controle judicial de constitucionalidade, uma vez que, em tese, isso somente poderia ocorrer quando do descumprimento pelo legislador, de certo mandamento constitucional de caráter programático ainda não normatizada (CAMPOS, 2019, p. 48). Sobre essa suposta divergência semântica, Campos (2019) entende que:



Mais do que abordagens formalistas, focadas apenas em critérios textuais, semânticos-estruturais, a preocupação com a atuação da Constituição deve “envolver também considerações substantivas e morais”. Com efeito, não é que a estrutura dos enunciados normativos constitucionais e sua heterogênea tipologia não tenham algum papel a cumprir para identificação da omissão inconstitucional, mas esses elementos não podem ser os únicos nem mesmo os mais relevantes critérios. Deve-se ter atenção maior a critérios de ordem material, porque os direitos fundamentais, para deixarem de ser “direitos de papel” necessitam de proteção e promoção estatal”. (CAMPOS, 2019, p. 60).

Nesta senda, é possível concluir que o legislador deve se ater a seu papel constitucional legislativo que desempenha, para fins de proteção integral dos direitos e liberdades constituídos, como resguardo da tutela jurisdicional, independentemente da estrutura semântica na qual esteja a norma classificada. A deficiência da tutela de proteção e promoção dos direitos fundamentais decorre da obrigação estatal, de criar, através da produção legislativa, condições e meios indispensáveis para proteção dos direitos fundamentais, o que caracterizaria, por si só, a omissão normativa inconstitucional (CAMPOS, 2019, p. 85), sendo esta passível da devida intervenção pelo Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, quando a adequação processual para fins de aplicabilidade da técnica decisória do ECI no direito pátrio, se mostra tangível a utilização da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, §1º, da Constituição Federal. e normativa específica regulamentada pela Lei n. 9.882/99, tendo em vista que este remédio constitucional tem por objetivo uma ação preventiva e repressiva quando da ocorrência de uma lesão a um preceito fundamental decorrente de ato do poder público. Nesse sentido, assevera Gianfranco Faggin Mastro Andréa (2019), *in verbis*:

“O ECI, por sua vez, é mecanismo dependente de um instrumento processual para sua veiculação que confira grande abrangência na sua aplicação. Conforme destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a ADPF talvez seja a melhor medida para atacar o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ no Brasil, justamente diante de sua natureza de processo objetivo e enorme abrangência, o que permitiria maior utilidade no enfrentamento de inconstitucionalidades decorrentes de falhas estruturais.” (ANDRÉA, 2019, p. 156).

A importação da técnica decisória para o direito brasileiro ocorreu a partir do ajuizamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/2015, protocolada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). A referida demanda foi proposta em desfavor da União e dos entes subnacionais, tendo por bojo o questionamento do cenário de extrema gravidade e violação dos direitos fundamentais no âmbito das instituições carcerárias brasileiras.

Em sede de petição inicial, argumentaram os litigantes a existência de um quadro de inconstitucionalidade resultante de ações comissivas e omissivas praticadas, em especial pelos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, bem como demais instituições públicas. Afirmam os autos que “as prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos”.



Os autores arrazoam que os encarcerados, na maioria das instituições penitenciárias nacionais, não teriam acessos básicos, tais como auxílio à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência técnica judiciária, entre outros direitos fundamentais. Ao final, diversos pedidos e requerimentos foram apregoados, entre eles, em sede de tutela liminar, requereu-se o direcionamento de obrigação aos juízes e tribunais de justiça, principalmente no que tange à observância da implementação das audiências de custódia, movimento este que já vinha sendo implantado nacionalmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ); pleito de obrigação à União quanto ao descongestionamento do saldo acumulado do Fundo Nacional Penitenciário (FUNPEN) e; em sede de pedido de mérito, pleiteou-se substancialmente, o reconhecimento e declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

O julgamento liminar da ADPF n. 347/2015 no STF ocorreu em três sessões plenárias distintas, entre os dias 27 de agosto a 09 de setembro de 2015, sendo que nesta última, o Egrégio Tribunal proferiu decisão liminar colegiada. No que se referendou aos pedidos liminares realizados na petição inicial, o Supremo deliberou por decisão majoritária a cautela identificada no item “b” da exordial, ao qual determinou que os juízes da execução penal, ao proceder análise do caso concreto, procedessem a aplicação dos termos dispostos nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana, ao fim de que restou determinada a realização das audiências de custódia.

O segundo pedido liminar acolhido foi assinalado como item “h” ao qual, também de forma majoritária, determinou à União Federal que procedesse, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação da decisão, o cumprimento do que foi pugnado em sede de petição inicial, objetivando o descongestionamento do saldo acumulado no FUNPEN, que à época acumulava o valor de aproximadamente R\$ 2,2 bilhões de reais (CAMPOS, 2019, p. 297), este último, objeto de investigação do presente trabalho.

3. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O BACKLASH

Antes de prosseguir, faz-se necessário adentrar no pano de fundo teórico e social da presente pesquisa, qual seja, o estado de constitucionalismo em que se encontra a democracia brasileira, bem como as bases do instituto denominado “backlash”.

Não há como analisar a ideia e as reações às decisões do Poder Judiciário sem antes entender o que as fundamenta. Por este motivo, é essencial que se estude a respeito do chamado “neoconstitucionalismo”.

Alvo de críticas por grande parte da doutrina tradicional do Direito, o neoconstitucionalismo ocupa posição de destaque na atualidade do sistema judiciário brasileiro, mormente no tocante ao Supremo Tribunal Federal, isto porque a hermenêutica adotada pelo STF em suas decisões é legitimada, do ponto de vista teórico, pelas aspirações e modificações trazidas pelo movimento acima citado.

Nas palavras de Barroso (2020):

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.





Ou seja, para além de voltar-se para a apreciação dos princípios constitucionais, é preciso entender que tais normas guardam estreita relação com ramos de ciências sociais até então “abominados” do palco de debates jurídicos, como a Ética e a Moral.

Como fruto até mesmo de uma herança positivista de séculos, a remodelação da sociedade nas últimas décadas, principalmente após a Segunda Grande Guerra, precisou voltar-se aos valores básicos e fundamentais para assegurar sua preservação e não apenas na formalidade da lei, mas no arcabouço da realidade axiológica da nação.

Como consequência da inclusão dos citados valores sociais na forma de princípios constitucionais, há a remodelação inclusive da atuação judicial, mormente da Corte Constitucional, com o escopo de manter acesa a chama da democracia e da fidelidade ao “anseio social”, por assim dizer.

Isto quer dizer que o papel da jurisdição constitucional ganhou ainda mais destaque, pois para além de citar a força normativa da Constituição, já tão referenciada no mundo teórico, é preciso entender que a Carta Magna atua como sustentáculo do Estado e da sociedade como um todo, cuja coesão depende, por vezes, da interpretação das normas constitucionais principiológicas.

Conforme o entendimento de Rothenburg (2003), os princípios constitucionais inicialmente eram entendidos apenas como uma disposição axiológica, ao passo que com o avanço da hermenêutica constitucional, tais normas constitucionais passaram a ser vistas como pertencentes ao universo deontológico, ou seja, aptos a produzirem efeitos na realidade social, dotados de normatividade. Essa normatividade, por sua vez, depende da interpretação da Corte Constitucional.

Por favorecer uma atuação mais ativa da Corte Constitucional quando provocada a exercer sua jurisdição, o órgão é legitimado pela própria função que a Constituição lhe confia a agir de acordo com a realidade axiológico-normativa, para além do texto em si.

O contexto favorece o surgimento de decisões comumente contramajoritárias e até mesmo contraintuitivas, pois parte-se da ideia de que, ao decidir contra o que espera ou quer a maioria (inclusive representada nas casas do Congresso Nacional, o STF cumpra seu papel constitucional, não se convertendo em uma esfera política de mera validação dos atos ou omissões do Poder Legislativo.

É justamente o que ocorreu na ADPF 347 de 2015, como acima explicitado. A ideia da necessidade de requisitos específicos, como o ativismo estrutural dialógico e a vulnerabilidade da população envolvida (CAMPOS, 2019) são exemplos claros de que a figura do Estado de Coisas Inconstitucional, além de contramajoritária, é fruto especial do neoconstitucionalismo.

Como consequência de uma ação mais ativa do Judiciário, surge a proposta atual do fenômeno denominado “backlash” compreendido como “reações de parte da sociedade contra decisões prolatadas pelo STF em relação a temas que são extremamente controversos ou polarizados ideologicamente, ou também nos demais países em face de Tribunais Constitucionais, como a Suprema Corte Americana.” (PEGORARO, 2021, p. 59).

O instituto tem raízes nos Estados Unidos da América, tendo como um dos principais marcos o julgamento do caso *Furman v. Georgia*, pela Suprema Corte dos EUA, em 1972. No aludido caso, por 5x4, foi declarada a incompatibilidade da adoção da pena capital, por força da oitava emenda constitucional.

A respeito do caso, pontua MARMELSTEIN (2016), que





O que parecia ser o fim da pena de morte nos Estados Unidos teve uma reviravolta surpreendente. (...)

Ao conquistarem cada vez mais espaço político, os grupos conservadores conseguiram aprovar diversas leis aumentando o rigor da legislação penal, inclusive ampliando as possibilidades de aplicação da pena de morte.

A reação social, neste caso, deu-se por meio da eleição, pela população, de candidatos conservadores aos cargos do Poder Legislativo e este, no exercício de sua competência elaborou normas contrárias ao que havia sido decidido pela Suprema Corte, na tentativa não somente de burlar o entendimento judicial, mas de atacá-lo frontalmente.

Outra consideração importante a ser feita é a de que as decisões judiciais refutadas pela sociedade são, em sua maioria, fruto do ativismo judicial, como se percebe pela própria análise dos pontos conceituais do *backlash*.

Analisando parte a parte o conceito acima transcrito, chega-se ao ponto fulcral do neoconstitucionalismo, senão vejamos. As reações por parte da sociedade podem ser entendidas de diversas formas (por meio do Poder Executivo ou Legislativo), mas sempre terão sua base na sociedade, diretamente (manifestações diretas pelo povo) ou indiretamente por meio do voto.

De qualquer forma, as decisões são tomadas em assuntos extremamente polêmicos e ideologicamente polarizados, como destaca PEGORARO (2021, p. 59). Isto porque são ações que normalmente apresentam-se pela defesa de valores contramajoritários.

Partindo-se de uma mesma que superficial já é possível entender que nem o Poder Executivo nem o Poder Legislativo tenderão a tomar por si só tais decisões, tendo em vista que afetaria a continuidade do mandato frente à sociedade, que não mais se sentiria representada. Deste vácuo de atuação demandada pela Constituição, surge a legitimidade hermenêutica da Corte Constitucional, como acima destacado.

Como reação à decisão, fazendo jus aos anseios representativos que amparam Legislativo e Executivo, estes tomam a dianteira da questão para, de forma contrária, editar normas ou tomar atitudes que sejam opostas ao entendimento do Tribunal Constitucional. De forma extremamente funcional, MARMELSTEIN (2016) assim descreve o mecanismo do *backlash*:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais.

(2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional.

(3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população.

(4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos.

(5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo.

(6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados



politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial.

(7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Nota-se, ao fim, que a reação à decisão judicial acaba por criar um estado de coisas que, por vezes, tende a ser pior do que aquele que se pretendia remediar.

No caso ora analisado, isto é, o descontingenciamento de verbas do FUNPEN determinado pelo STF para financiar políticas públicas de atendimento à população carcerária, tal estado de inconstitucionalidade e deterioração da realidade é eminente, pois antes da decisão liminar tomada na ADPF nº 347/2015, o FUNPEN contava com uma reserva altíssima de capital, por isso seu descontingenciamento foi autorizado.

Atualmente, todavia, a redução nos repasses chega a tal ponto que o descontingenciamento, isto é, uma fonte segura de capital para financiar as políticas públicas emanadas da decisão, equivale à quase total inefetividade da medida judicial.

4. O DESCONGESTIONAMENTO DO FUNPEN E O EFEITO CONTRAMAJORITÁRIO

Conforme exposto na primeira seção, em sede de decisão liminar proferida na ADPF n. 347/2015, o Supremo Tribunal Federal acolheu, como uma das medidas requeridas na peça exordial, em sede de tutela de urgência, a fim de que a União procedesse o descongestionamento do saldo acumulado no FUNPEN. À época do ajuizamento da referida ADPF, o congestionamento era de 2,2 bilhões de reais, que não estava sendo repassado para os entes federativos, para fins de receita aos institutos prisionais.

No julgamento da medida cautelar, a Corte reconheceu a “violação massiva de direitos fundamentais dos presos, (...) considerando o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes de prisões do país”, na oportunidade em que determinou “à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para qual foi criado, abstendo-se de realizar novos congestionamentos”.

Posteriori à promulgação da referida decisão, o saldo bilionário que se encontrava acumulado, por justificativas relacionadas à política macroeconômica, foi “liberado”. Há que se ressaltar que, no ano posterior à decisão, em 2016, a Medida Provisória 755 foi aprovada na Comissão Mista, com pendência de passagem pelos Plenários da Câmara e do Senado, tendo por edição definitiva ao fim do corrente ano.

A Medida procedeu após a ocorrência de situações de rebeliões no sistema prisional, como a que ocorreu no Ceará, em 21 e 22 de maio de 2016, que resultou em 14 (quatorze) óbitos, tal como, a Rebelião da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (16 de outubro de 2016), que deixou 10 (dez) mortos e a Rebelião da Penitenciária Ênio dos Santos Pinheiro (17 de outubro de 2016) que ocasionou 08 (oito) mortes.

A MP 755 permitia que os recursos do Funpen fossem repassados de forma direta aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, sendo desnecessária a realização de convênios, como era o procedimento anterior. A medida previa ainda que os recursos do fundo viabilizam a utilização não apenas em reformas e construção de presídios, mas de igual maneira, para a manutenção de serviços, aquisição de materiais e equipamentos e



para instituição de programas de reinserção social dos encarcerados, considerando o repasse de forma proporcional à necessidade dos estados, conforme exposto na relatoria da medida.

Ao tempo da promulgação da decisão liminar da ADPF N. 347/2015 e a vigência da MP 755, alguns estados ainda tiveram dificuldade ao acesso do repasse do fundo, ao exemplo da Bahia, que peticionou nos próprios autos da ADPF informando que mesmo tendo cumprido os requisitos da MP 755/2016, não recebeu os recursos.

Na referida ocasião, a União informou que a falta de repasse teria ocorrido em razão da não instituição do Estado, ao Fundo Penitenciário Estadual. No pronunciamento jurisdicional do ministro Marco Aurélio, o mesmo lembrou, no que concerne à decisão liminar na ADPF 347/2015, como reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, foi imposto “o descongestionamento de recursos, com o regular repasse de valores aos entes federados”. Ainda em sua relatoria, o ministro concluiu que “A regra vigente é linear: cumprido os requisitos legais, deve ser imediata a liberação da quota parte do Fundo a que tem direito o estado. É dizer, os valores financeiros em jogo são previamente partilhados de forma proporcional entre os entes federados, de modo que o montante a ser transferido a cada qual deve permanecer reservado a essa finalidade, surgindo imprópria destinação diversa”. (ADPF n. 347/2015, Decisão proferida em 22/06/2017, Ministro MARCO AURÉLIO).

Após o movimento processual, a cota parte do estado baiano foi liberada. A par disso, há que salientar que a Medida Provisória 755/2016 autorizou a realização de redução de 3% para 2,1% a destinação ao Funpen da receita da loteria “Timemania” e autorizou que o Poder Executivo retirasse 30% dos recursos contingenciados até 31 de dezembro de 2016 no Tesouro Nacional, com vistas a nova destinação ao Fundo Nacional de Segurança Pública.

Apesar do aparentemente avanço na questão do congestionamento do fundo, uma situação peculiar foi observada pela Defensoria Pública da União (DPU). No ano de 2020, a DPU apresentou perante o Supremo Tribunal Federal reclamação em desfavor da União, por descumprimento da decisão proferida na ADPF n. 347/2015, no que tange à liberação do saldo acumulado do Funpen. Na referida peça foi alegado que, apesar de o saldo ter sido liberado, os defensores argumentaram que ao invés de aumentar o investimento no sistema prisional, a União “manejou diversos instrumentos legais que provocaram a progressiva diminuição na arrecadação do Funpen”. Tais alegações foram apresentados tendo por base comprobatória as notas técnicas do Departamento Penitenciário Nacional, que demonstraram que a dotação final do Funpen tinha sido de R\$ 308 milhões em 2020, o que representava uma queda de quase 67% em relação ao ano anterior.

A par do Relatório do Tribunal de Contas da União, os registros demonstram que os repasses anuais obrigatórios do Funpen aos Estados apresentaram redução significativa de valores. Inicia-se no ano de 2016, com patamar de R\$ 1,21 bilhão, progredindo para R\$ 590,6 milhões em 2017 e R\$ 63,1 milhões em 2018, estimando-se que equivaleria a aproximadamente R\$ 17,94 milhões a partir do ano de 2020. Assim, no ano de 2020, consoante Notas Técnicas do Departamento Penitenciário Nacional, a dotação final do FUNPEN foi de apenas R\$ 308.159.798,00 (trezentos e oito milhões, cento e cinquenta e nove mil, setecentos e oito reais), o que representa um grave



decrécimo, ano a ano, da ordem de quase 67% (sessenta e sete por cento), entre os anos de 2019 e 2020.

Na petição da DPU estes sustentam que “em vez de aumentar o investimento no sistema prisional – efeito que almejava a determinação do descongestionamento – a União, por via transversa, DIMINIU sua contribuição para o financiamento do sistema”, o que resultou em verdadeira burla à autoridade da decisão vinculante proferida pela Corte.

Desde a publicação do acórdão da ADPF n. 347/2015, apenas no lapso entre 2016 e 2020, a dotação orçamentária do Funpen foi reduzida quase 90%. Esta redução constitui reflexo do descumprimento à medida que se iniciou 19 de dezembro de 2016, quando o então presidente da República, Michel Temer, editou a anteriormente citada Medida Provisória n. 755, que alterou aspectos significativos nas fontes de custeio e destinação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional.

Assim, ainda que a MP sustente a necessidade de mudança de paradigma, diante do reconhecimento do ECI, observa-se que grande parte das disposições da MP resultaram na supressão substancial dos recursos que o Funpen dispõe, para fins de subsídio institucional para atenuar as condições precárias do sistema prisional.

4.1. As Manobras Executivas como *backlash* à ADPF nº 347/2015

Diante de todo o exposto, não há como concluir de forma diversa, além da que a atuação do Poder Executivo, ao elaborar uma série de atos, diminuiu drasticamente não só o repasse de verbas ao FUNPEN, como também acabou por dificultar o acesso aos mencionados valores.

Em que pese a corrente majoritária entenda que a principal reação às decisões judiciais devam vir na forma legislativa, há a possibilidade de que venha apoiada em uma (ou uma seqüência) de ações do Poder Executivo, como no caso em comento.

Na esteira do entendimento de CAPONI (2018) (*apud* PEGORARO, 2020, p. 67):

É fato, porém, que o efeito *backlash* não se manifesta unicamente pela interposição legislativa de diplomas visando contradizer os pronunciamentos judiciais, e que são, como dito, armas despóticas, já que seu único objetivo é expressar contrariedade e reproduzir um ilógico “braço de ferro” no sistema de freios e contrapesos, o qual quem sempre perde, fatalmente, é o jurisdicionado.

Havendo a possibilidade, portanto, de que o *backlash* se apresente de formas outras além da interposição legislativa, há que se concluir pela incidência do fenômeno no caso da ADPF nº 347/2015, especialmente no tocante às verbas do FUNPEN.

Se tomado o conceito colacionado no item 2 deste trabalho, ter-se-á então a perfeita adequação do caso concreto à ideia. Para fins de facilitar a compreensão, parte-se pela análise do conceito de forma inversa, ou seja, iniciando pela existência de um tema polêmico e polarizado que, no caso, é o da ADPF nº 347/2015, do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Em segundo lugar, há a decisão tomada por uma corte constitucional. *In casu*, está-se diante do deferimento parcial da medida liminar pleiteada na ação, decisão esta prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, fruto do já mencionado ativismo judicial estrutural dialógico, na linha da hermenêutica constitucional atual.



Por último, há que se destacar a reação, o “contra-ataque”, o *backlash* em si que, na presente pesquisa, dá-se pela edição, pelo Poder Executivo Federal, da MP 755/2016, além da constante diminuição do *quantum* repassado ao FUNPEN.

Os efeitos surtidos pela adoção dessa medida são tais que podem chegar ao colapso das políticas públicas iniciadas com base na ADPF 347/2015, o que provocaria a perpetuação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

O principal questionamento que surge, portanto, é a respeito do papel do Poder Judiciário, notadamente o STF, frente à reação social a sua decisão. Está-se diante de uma legítima reação democrática e, como tal, passível de alterar os rumos da interpretação constitucional, como aventado por Marmelstein?

Deixar para o Supremo Tribunal Federal a tarefa de assistir passivamente a efetividade de suas decisões ir por água abaixo, mormente no caso de uma ação cujo ativismo não encontra precedentes, seria o mesmo que inutilizar toda a trajetória hermenêutica consagrada até então pela Corte, pela ideia não tão simples assim de uma reação legitimamente democrática.

Uma vez provocado, em atenção ao princípio da inércia da jurisdição, o STF deve manter uma postura defensiva, em continuidade à interpretação do texto constitucional que até então vem sendo desenvolvida. Cumpre destacar, inclusive, que o Judiciário não toma como peso de suas decisões a vontade popular, mas a teoria jurídica e a norma constitucional.

É elemento basilar do Estado Democrático de Direito o respeito às minorias e seus direitos e garantias. No presente caso, a violação dos direitos da população encarcerada não pode ser abandonada à mercê da vontade da maioria, como o fizeram outrora doutrinas extremistas, cujo desfecho todos conhecemos.

Por meio da atuação frente ao *backlash* no presente caso, o STF atua também como guardião da integridade constitucional, da efetividade de suas decisões, além de guardião último daqueles que não têm seus direitos mínimos assegurados, mesmo após a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, há que se reconhecer que o aparecimento do chamado *backlash* não teria lugar sem uma atuação ativista e neoconstitucionalista por parte do Supremo Tribunal Federal, por questões de congruência com o próprio instituto neste trabalho apresentado.

Outro ponto que se depreende do que foi transcrito é que, analisando o conceito e o mecanismo de ação do *backlash*, a edição da MP 755/2016, bem como a diminuição constante de repasse de verbas ao FUNPEN, fazem com que tais ações sejam consideradas como *backlash* à decisão de deferir em parte a liminar pleiteada na ADPF nº 347/2015, em que foi determinado o descontingenciamento de verbas do Fundo para combater o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Logo, tendo ciência de que a Defensoria Pública da União apresentou uma reclamação em relação às ações acima mencionadas, perante o STF, a pesquisa conclui pela necessidade de que a Corte aceite a reclamação, com vistas a garantir a efetividade das decisões anteriores, para fazer com que a União retome o repasse de verbas ao FUNPEN de forma como costumava, sem que sejam prejudicadas as políticas públicas provenientes do deferimento da liminar na ADPF nº 347/2015.



Por ser uma espécie de *backlash*, não pode a atuação do Poder Executivo desrespeitar por “via democrática” uma decisão judicial, ainda que em caso de grande sensibilidade política e visibilidade pelas minorias. A missão de guarda da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal e a preservação dos direitos das minorias são fatores que não podem ser alijados pela vontade da maioria no Estado Democrático de Direito. Não, ao menos, na vigência da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e Direito Público: uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/2015**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

BRASIL. **Informativo STF n. 798**. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? **Consultor Jurídico**. São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>> Acesso em: 20 set. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019.





FERREIRA, Marcus Vinicius Vita; COSTA, Leonardo P. Santos. O estado de coisas inconstitucional na jurisprudência do STF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-23/opiniao-estado-coisas-inconstitucional-jurisprudencia-stf>. Acesso em: 21 de set. de 2022.

MARMELSTEIN, George. **Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf> Acesso em: 12 out. 2022.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PAIXÃO, Juliana Patricio da. **Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

PEGORARO, Luiz Nunes. **O *backlash* diante do ativismo judicial.** Bauru: Spessotto, 2021.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais.** Sérgio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003.

