

O CONTROLE JUDICIAL NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E OS LIMITES DE LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

PAGANINI, Luana¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando²

RESUMO:

O presente artigo buscou analisar o quadro das penitenciárias brasileiras frente aos direitos fundamentais constitucionalmente elencados e a atuação judiciária perante tal cenário. Inicialmente, são analisados os fenômenos de intensificação da atuação judicial, quais sejam, a judicialização da política e o ativismo judicial, suas causas e extensões. Em seguida, observa-se o quadro de inconstitucionalidade permanente no tratamento designado à população carcerária e, por fim, a razoabilidade ou não das medidas adotadas pelo Poder Judiciário no enfrentamento da matéria. Por conseguinte, são apontados posicionamentos de estudiosos do tema, considerando as diversas perspectivas divergentes. Conclui-se pela necessidade de um enfrentamento dialógico da matéria entre os poderes constituídos, tendo em vista a ilegitimidade do ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Prisional, Direitos Fundamentais, Ativismo Judicial, Judicialização.

JUDICIAL ACTIVISM IN THE PRISON SYSTEM: JUDICIAL CONTROL IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT:

This article intends to analyze the situation of brazilian prisons in relation to the fundamental rights constitutionally listed and the judicial performance in this scenario. Preliminarily, the intensification of judicial action, that is, the judicialization of politics and the judicial activism, their causes and extensions, will be explored. Then, the situation of permanent unconstitutionality in the treatment assigned to the prison population will be analyzed in order to address the reasonableness or not of the measures adopted by the Judiciary in dealing with the matter. In addition, points of view of scholars of the theme will be pointed out, due to the diverse divergent perspectives. It is concluded that there is a need for a dialogic confrontation of the matter between the constituted powers, considering the illegitimacy of judicial activism. It is concluded that there is a need for a dialogical confrontation of the matter between the constituted powers, in view of the illegitimacy of judicial activism.

KEYWORDS: Prisional System, Fundamental Rights, Judicial Activism, Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: lpaganini@minha.fag.edu.br.

² Docente Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: lucasoliveira@fag.edu.br.

A Constituição Federal Brasileira (1988) tem acentuado o foco nos direitos fundamentais, contando com extenso rol destinado a resguardá-los. Entretanto, mesmo após mais de 30 anos da promulgação da Carta Magna, muitos desses direitos são constantemente ignorados e violados. Dentre tais violações, pode-se apontar o tratamento degradante destinado à população carcerária brasileira, a qual sofre com condições de superpopulação, privação de recursos básicos, higiene, assistência médica, trabalho e educação. A conjuntura é de amplo conhecimento do Poder Público, demonstrando omissão estatal frente a um quadro de ilegalidade.

Neste contexto, o presente estudo trata-se de uma pesquisa bibliográfica que propõe investigar se, mediante inércia dos demais Poderes, cabe interferência do Judiciário no âmbito carcerário, impondo medidas que visem a salvaguarda dos direitos fundamentais dos presidiários. Para tanto, serão analisados o contexto do sistema prisional brasileiro, a atuação estatal perante a ele, e as decisões judiciais na área.

A importância da pesquisa reside na notória precariedade das condições a que são submetidos os apenados no Brasil, bem como no descaso do Poder Público frente à citada situação. Ademais, é fundamental a discussão entorno do ativismo judicial, intentando-se averiguar se o mesmo é necessário para a adequada efetivação dos ditames constitucionais no que concerne à população carcerária, que, portanto, exige a discussão acerca dos limites de atuação que devem ser seguidos para que o Judiciário não macule a divisão dos três Poderes, porquanto a segurança política e social carece do respeito aos ditames constitucionais, visto que o atendimento às necessidades da dignidade humana só é possível em um sistema político democrático.

Nesse sentido, é notório que a precisa identificação e delimitação das funções, sejam estas gerais ou específicas, dos três Poderes que organizam o Estado, é vital para a democracia de qualquer país, pois o desequilíbrio dos Poderes resulta em arbitrariedade.

Desse modo, pretende-se analisar e compreender o aumento da função jurisdicional brasileira, conceituar e diferenciar os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, apresentar a realidade fática do sistema prisional brasileiro, observar a experiência de outros países na matéria e ilustrar o pensamento de estudiosos no assunto.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A DIVISÃO DE PODERES NO ESTADO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL

2.1.1 Direitos Fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como ‘Constituição Cidadã’, traz em seu preâmbulo a garantia dos direitos fundamentais, ao assinalar: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]” (BRASIL, 1988). Ademais, em seus artigos 5º a 17, a Constituição cita e exemplifica os direitos que se encaixam nesse rol.

De acordo com Pinto (2009), os direitos fundamentais correspondem a um conjunto de prerrogativas que visam efetivar as exigências de dignidade, liberdade e igualdade. Conforme explica Moraes (2018), as Constituições modernas têm entre suas finalidades a imposição de limites ao poder público, de forma que os direitos fundamentais sejam reconhecidos independentemente da vontade do legislador.

Nesse sentido, Silva (2014) elucida que o termo ‘fundamentais’ expressa que se trata de direitos que não exigem mero reconhecimento formal, mas efetivação concreta. Portanto, a Constituição Federal visa à garantia compromissória social por meio da proteção dos direitos fundamentais, sendo estes invioláveis e de necessidade de máxima aplicação. Por conseguinte, Cunha Júnior (2009), ressalta que há estreita ligação entre a democracia e a concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são divididos, pela doutrina brasileira, em, ao menos, três gerações, conforme elucida Mello (1995), sendo os de primeira geração, conhecidos como direitos civis ou políticos, aqueles focados nas liberdades individuais, enquanto os de segunda geração focam nas liberdades positivas, objetivando a igualdade, compreendem os direitos econômicos, sociais e culturais. E, por fim, os de terceira geração, destinados ao desenvolvimento e progresso da coletividade.

Desse modo, como salienta Ferreira Filho (2002), a divisão dos direitos fundamentais segue a ordem do lema da Revolução Francesa, pois os direitos fundamentais de primeira geração referem-se à liberdade; os de segunda, à igualdade; e os de terceira, à fraternidade.

Em que pese, os direitos de primeira geração determinam que o Estado se abstenha de intervir no campo individual dos cidadãos. Por outro lado, os direitos de segunda geração exigem uma postura ativa do Estado a fim de promover a sua efetivação, por meio de uma prestação

positiva que, conforme Branco (2002), pode ser de natureza jurídica - quando resulta da elaboração de leis, sejam elas penais ou procedimentais - ou materiais, tendo por objetivo aliviar desigualdades sociais, instituem políticas públicas ativas que concretizem esses direitos, como é o caso da saúde e educação, previstas no artigo 6º da CF/88.

Como explica Canotilho (2003), faz-se necessária, nessa seara, a concessão de bens e serviços, além da criação de instituições (como hospitais, no caso do direito à saúde). Diante disso, depreende-se que, para que os direitos fundamentais sejam integralmente concretizados, de forma a respeitar a aspiração constitucional, é essencial uma postura ativa do Estado, objetivando efetivar os direitos sociais.

Conforme Krell (2002), os direitos fundamentais de aspecto social são materializados por meio do Estado, e não contra este, exigindo, portanto, a criação de normas e políticas públicas prestacionais fáticas.

No entanto, Bonavides (2011) esclarece que os direitos fundamentais, de forma geral, não possuem caráter absoluto e devem ser relativizados em circunstâncias excepcionais, sopesando-se um sobre o outro, nos moldes legais, de forma a buscar um meio justo. Corroborando a ideia, Bulos (2017) esclarece que, salvas algumas exceções, a relatividade constitui importante característica dos direitos fundamentais e, havendo conflitos entre eles, deve ser feito sopesamento de um sobre outro.

2.1.2 Separação dos Poderes

A Constituição Federal impõe, explicitamente, em seu art. 2º, a divisão dos três Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário - proposta por Montesquieu. Além disso, no Título IV - Da Organização dos Poderes -, divide-os em três capítulos e exemplifica precisamente as atribuições de cada um deles. Tal divisão constitui-se como cláusula pétrea, conforme artigo 60, §4º, inciso III, que determina: “[...] a separação dos Poderes não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” (BRASIL, 1988).

O referido princípio constitucional tem por objetivo, como esclarece Ferraz (1994), estruturar um sistema ordenado de divisão de funções. Leciona Silva (2014) que a função legislativa tem por atribuição a criação e edição de normas gerais, de caráter abstrato e impessoal; a função executiva visa a gestão de problemas sociais concretos, dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos, em função administrativa; ao passo que a função jurisdicional aplica o direito aos casos concretos, pacificando conflitos sociais.

Consoante Moraes (2018), a distribuição de funções deve funcionar em um mecanismo de controles recíprocos, “freios e contrapesos”, de forma a buscar o equilíbrio entre os Poderes, possibilitar a fiscalização, evitar arbítrios e garantir o respeito aos direitos fundamentais.

Ocorre que, de acordo com Ramos (2015) caracteriza-se o ativismo judicial quando a função jurisdicional ultrapassa os limites de atuação estabelecidos pela Constituição, em detrimento dos outros Poderes. Portanto, é fundamental que os magistrados, no exercício de suas funções, observem os ditames constitucionais, visando evitar a expansão da esfera judiciária e a sua atuação de forma além da predeterminada.

2.1.3 Protagonismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais

De acordo com Tassinari (2012), a participação do Judiciário brasileiro foi acentuada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois com o fim do regime ditatorial militar, foi criado um ambiente oportuno a efetivação de direitos dos cidadãos, devido ao novo caráter constitucional democrático.

Conforme Moreira (2004), no contexto em que surgiu a Constituição Federal de 1988, a sociedade buscava participação política, tendo em vista o longo período de autoritarismo que a antecedeu. Desse modo, sob a perspectiva do ideal democrático, estabeleceu-se um sistema em que os Poderes possuem caráter independente e, portanto, fiscalizatório entre si.

O Poder Judiciário passou a ter mais força, como se depreende do artigo 5º, inciso XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Nesse momento, consoante a Moré (2013), o Judiciário passa a atuar no controle jurídico dos demais Poderes, visando garantir a efetivação dos direitos fundamentais, de forma a atender ao anseio social por democracia e pela concretização dos valores do bem-estar social.

Nesse processo de democratização, segundo Campos (2014), o acesso à jurisdição do Supremo Tribunal Federal (STF) foi normatizado, por meio de leis e emendas constitucionais, a exemplo da Lei nº 9.868/99, que trata das ações Declaratória de Constitucionalidade (ADO) e Direta de Inconstitucionalidade (ADI), tal como a Lei nº 9.882/00, que regula a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Outra condição que incentivou a posição de destaque do Judiciário, de acordo com Ramos (2015), foi a insuficiência prática dos demais Poderes no exercício de suas funções. No mesmo sentido, Campos (2014) destaca que o processo político, muitas vezes, não atende às demandas

sociais, tendo a atuação judicial caráter supletivo nesses casos. Ou seja, o Legislativo deixa de regulamentar normas que efetivem os direitos fundamentais, assim como o Executivo ignora a necessária alocação de recursos em determinado seguimento e, por consequência, uma maior participação Judiciário torna-se inevitável.

Pinheiro (2008) afirma que, perante a inércia do Legislativo e do Executivo, deve o Judiciário supri-los. Sob essa ótica, na omissão dos demais Poderes em efetivar os direitos fundamentais que exijam prestação material, a atuação judicial é justificada. Em concordância com Ferrarese (2010), o Judiciário pode suplementar o atendimento às demandas sociais, quando houver necessidade.

Coelho (2002) afirma que quando há vácuo legislativo, cabe aos juízes e tribunais garantir a tutela dos direitos fundamentais. No entanto, Pinheiro (2008) declara que o Poder Judiciário não deve se tornar o principal responsável pela formulação dos direitos fundamentais, tampouco pode se manter inerte frente à negligência do Legislativo e do Executivo, devendo encontrar um equilíbrio.

Destarte, a atividade jurisdicional passou a ser fonte primária em matéria de demandas sociais, sobretudo aquelas relacionadas à inefetividade ou carência de políticas públicas. Neste seguimento, Espíndola (2002) ressalta que a mobilização social passou a buscar a atual judicial de forma que essa se tornou instrumento de efetivação das demandas sociais, deixando de ser meramente dispositivo de aplicação normativa. Portanto, o Poder Judiciário torna-se protagonista na tutela de direitos fundamentais, em razão do princípio da inafastabilidade, fazendo com que surjam os fenômenos do ativismo e da judicialização.

2.1.4 Ativismo judicial e judicialização da política

Conforme Kmiec (2004), o termo surgiu nos Estados Unidos, em 1947, em reportagem realizada pelo jornalista estadunidense Arthur Schlesinger, na qual realizou uma análise dos ministros da Suprema Corte Americana, devido à sua postura ativa quanto à efetivação dos direitos sociais. A terminologia, então, passou a ser usada de forma crítica, a fim de designar a conduta magisterial de atuar de forma suplementar ao ordenamento legal, ou seja, uma intensa atuação judiciária que interfira nos espaços designados ao Legislativo e Executivo.

De acordo com Barroso (2012), o ativismo judicial pode ser observado em diferentes formas, que incluem a aplicação da Constituição Federal de forma direta em situação não pontuadas de forma explícita em seu corpo textual, de forma independente à manifestação prévia do poder

legislativo; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos elaborados pelo legislativo, sem que haja incontestável violação do texto constitucional; e a determinação obrigatória de ações ou omissão ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas.

Sob essa perspectiva, Barroso (2012) alega que o fenômeno do ativismo judicial possui um lado positivo, na medida em que atende às demandas sociais relegadas pelos demais Poderes. Dessa forma, afirma que o protagonismo do Judiciário expõe a crise política brasileira, pois a necessidade de o Judiciário suplementar a atuação do Legislativo e do Executivo revela a inércia destes.

Ainda de acordo com o supramencionado autor: “[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado” (BARROSO, 2011, p. 19). Neste contexto, Carvalho (2011), vê no ativismo judicial um passo essencial para a concretização dos direitos constitucionalmente previstos.

Segundo Miranda (1998), os juízes e tribunais devem conferir a maior eficácia possível às normas de direitos fundamentais. Para Mélo Filho (2006), o Judiciário deve assumir uma postura ativa na atuação prestacional do Estado, de forma a impor que sejam efetivadas as políticas sociais constitucionalmente previstas, buscando evitar que as decisões do Legislativo e do Executivo se afastem do estabelecido pela Constituição Federal.

Ainda segundo o autor, a persistência na interpretação positivista das normas e no “dogma” da separação dos Poderes deve ser superada, pois o Poder Público não tem demonstrado aptidão para efetivar os direitos fundamentais, sendo que a violação aos preceitos constitucionais decorrentes da omissão legislativa e administrativa pode levar a um estado de inconstitucionalidade definitiva. Observa-se, portanto, que é comum que a atuação ativista do Judiciário seja vista como proposta de solução para a efetivação constitucional.

Diante disso, para que se possa analisar de fato a elevada posição que a judicialização assumiu no cenário brasileiro, é essencial que se faça uma distinção entre os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política, tendo em vista que essa discriminação tem sido ignorada por parte da doutrina, que trata dos referidos institutos como sinônimos, resultando na banalização do ativismo judicial.

A judicialização da política, conforme Valle (2009), é fruto da constitucionalização do direito que procedeu a Segunda Guerra Mundial, a consagração dos direitos humanos e a influência dos sistemas judiciais estadunidense e europeu. Já Vianna (1995), afirma que o advento de novos direitos, no contexto mencionado, acarretou na publicização da esfera privada, ou seja, a

institucionalização do direito na vida social, passando as relações privadas a serem mediadas por instituições políticas democráticas. Assim sendo, uma acentuada quantidade de demandas impulsionadas pela sociedade de massas e pela amplificação de direitos resultou num modelo jurisdicional fortalecido.

Em decorrência disso, explica Tassinari (2012) que a judicialização é um reconhecimento do contexto contemporâneo marcado pela ampliação do número de demandas postas ao sistema judicial, e não uma “postura a ser identificada” nos membros do Poder Judiciário, isto é, trata-se de um fato circunstancial do cenário jurídico, uma questão social, que não resulta, necessariamente, do desejo do órgão judicante.

Já o ativismo judicial, conforme explica Streck (2017) ocorre da decisão judicial que parte de argumentos de ordem política ou moral, substituindo o direito por convicções pessoais. Desta feita, o ativismo, de acordo com Tassinari (2012, p.42) é sintetizado por “um Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.

2.2 A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

2.2.1 Panorama do Sistema Prisional Brasileiro

A Constituição Federal confere aos encarcerados, em seu artigo 5º, inciso LVII, o respeito à integridade física e moral. No mesmo sentido, o artigo 40 da LEP (Lei de Execuções Penais) determina que “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (BRASIL, 1984).

Entretanto, tais disposições normativas são amplamente desrespeitadas em solo nacional, sendo nítida e de amplo conhecimento a situação degradante a que é submetida a população carcerária. Na ADPF 347 (2015, p. 8), a expressão “infernos dantescos” é utilizada para definir as penitenciárias brasileiras ao tratar das violações a direitos fundamentais verificados nesses estabelecimentos.

Nesse sentido, a Câmara dos Deputados instalou, em 2015, uma Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a conjuntura do sistema prisional brasileiro. Foram constatadas diversas violações aos direitos fundamentais dos presidiários, relacionadas à saúde, higiene, alimentação, acomodação, superlotação e desrespeito aos critérios legais de separação dos detentos, assistência jurídica e social. Ainda, a CPI permite verificar o desprezo em relação ao caráter de ressocialização da pena: apenas 16% dos presidiários trabalham e 11% estudam. Esta CPI

constatou, também, que não se tem dado a devida importância ao caráter reintegrador da pena (afinal, apenas 16% da população prisional do país trabalha e somente 11% estuda).

A superlotação pode ser apontada como o problema central do sistema carcerário, em razão de que dela surgem diversos outros, pois o sistema é formulado para lidar com um número de indivíduos correspondente ao número de vagas. Ou seja, quando a quantidade de apenados ultrapassa o contingente planejado, não há como fornecer o suporte adequado a todos, resultando em déficit de assistência médica, precariedade da higienização do ambiente e até mesmo deficiência alimentar. Além disso, as superlotações associadas à insalubridade dos ambientes prisionais tornam esses locais altamente propícios à proliferação de doenças contagiosas e infecciosas.

Nestes termos, para Senna (2018) inviabiliza-se a individualização da pena, pois não há como, na ausência de espaço físico, separar os presos de acordo com a infração penal cometida.

Os dados apontados pelo INFOPEN (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), em 2018, denunciam a precariedade das condições do sistema prisional brasileiro: a população carcerária é de 748.009 presos, configurando-se na terceira maior do mundo, sendo que o número de vagas é de 12.925. Isto significa que, o sistema possui quase o dobro de indivíduos a que foi construído para receber. Ademais, cerca de 41% dos detentos não foram condenados, isto é, são presos provisórios.

A supracitada CPI realizada em 2015 relata ainda que, as principais mazelas do sistema carcerário são as seguintes:

Ausência de políticas públicas; falta de gestão; orçamentos insuficientes; servidores sem treinamento, sem motivação; falta de celeridade nas punições de servidores que cometem irregularidades; falta de manutenção predial, de equipamento, da frota; falta de assistência material na forma que a Lei de Execução Penal determina; falta de assistência à saúde, social e jurídica; corrupção; falta de planejamento; falta de controle; ausência de um sistema de gestão que compile os dados do país; superlotação do sistema penitenciário; falta de assistência ao egresso (BRASIL, 2015).

Assim sendo, é possível constatar, a partir desse relato, verdadeira inércia do Poder Público, em caráter de ilegalidade, frente às necessidades da população carcerária.

2.2.2 Omissão da Administração Pública

Conforme Oppitz (2018), a omissão do Poder Executivo é a principal causadora da violação de direitos fundamentais no âmbito profissional. Falta investimento financeiro para criação de vagas

proporcionais ao número de apenados (não apenas tratando-se de prisões, mas também das instituições de cumprimento de regimento aberto e semiaberto), para garantir que as estruturas prisionais sejam adequadas, assim como sua manutenção, para contratar funcionários capacitados e para implementar programas de ressocialização.

A negligência do Poder Executivo é especialmente manifesta ao levar-se em conta os recursos disponíveis para benefício do sistema carcerário. O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), instituído através da Lei nº 79/94, arrecadou, segundo dados divulgados pelo STF, entre os anos de 1994 e 2014, a soma de 4,4 bilhões de reais, tendo repassado cerca de 3,4 bilhões aos entes federativos. De acordo com a ONG Contas Abertas, o FUNDEN contava, em janeiro de 2017, com 2,4 bilhões de reais disponíveis.

Assim, considerando que as principais falhas do sistema carcerário brasileiro surgem a partir da falta de investimento financeiro e que, como demonstrado, há contingente suficiente de verbas públicas a serem utilizadas, que, inclusive, trata-se de alto valor mantido em desuso, sofre as consequências da inflação, é notória a omissão da administração pública.

Como causa dessa omissão, pode ser apontada a relutância dos membros eleitos do Poder Público de enfrentarem questões polêmicas, que incomodam grande parte da população. Nessa esteira, Oppitz (2018) afirma que os presos são vistos com repulsa pela sociedade de forma majoritária e que o Poder Executivo, de forma reflexa, evita a consequente impopularidade do investimento nesse âmbito. Ou seja, sendo membros eletivos do governo, estes evitam medidas que possam desagradar seu eleitorado e impedir nova eleição.

2.2.3 Ativismo Judicial e o Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) teve sua origem na Corte Constitucional Colombiana, em 1997, em demanda que visava a tutela dos direitos previdenciário de 45 professores colombianos, os quais haviam sido negados sob alegação estatal de escassez de recursos, recusando a prestação dos benefícios devidos. A Corte Colombiana, então, constatando que a situação afetava cerca de 80% dos professores musicais do país, reconheceu falha estrutural causadora de violação generalizada de direitos fundamentais, declarando pela primeira vez o Estado de Coisas Inconstitucional (COLÔMBIA, 1997).

Para Lyons (2011), o ECI é configurado quando ocorre uma violação acentuada de direitos fundamentais em caráter permanente, de forma a justificar a adoção do ativismo judicial estrutural.

Dessa forma, corresponde a uma situação de inconstitucionalidade constante, em resultado de sucessivas violações de normas constitucionais.

Oppitz (2018) esclarece que sua existência não carece de declaração judicial, estando caracterizado quando há omissão estatal frente ao perecimento dos direitos fundamentais. No entanto, segundo Campos (2019), caso seja judicialmente declarado, passa a legitimar o ativismo judicial estrutural.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é utilizada, portanto, como ferramenta jurídica que permite uma postura judicial ativa com o objetivo de intervir em problemas estruturais que representam uma barreira ao usufruto dos direitos fundamentais. O juiz age na transformação social, como um agente político, deliberando sobre políticas públicas e atuando em seu controle, conforme a realidade fática, visando remediar o quadro de inconstitucionalidade causado pelas falhas estruturais e pela omissão dos demais poderes.

Nestes termos, afirma-se que a declaração do ECI e as ordens judiciais decorrentes: “levam o juiz constitucional a interferir sobre funções tipicamente executivas e legislativas, incluindo a de estabelecer exigências orçamentárias. Pode-se, assim, falar em ativismo judicial estrutural” (CAMPOS, 2015).

A Corte Constitucional da Colômbia declarou, em 1998, Estado de Coisas Inconstitucional quanto à superlotação das penitenciárias e as condições dos presidiários. Os ministros do mencionado órgão alegaram evidente falha estrutural resultado de carência de políticas públicas adequadas. Conforme registrado na decisão, o Estado se mantinha omissos frente à crise penitenciária que qualificava violação aos direitos humanos, cabendo ao judiciário incumbir-se da proteção necessária.

A partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Colombiana interviu nas atribuições do Executivo, determinando que este elaborasse um plano de reforma do sistema carcerário. O pronunciamento jurisdicional em questão prescrevia atribuições aos gestores em diversas esferas estatais, atribuindo encargos específicos e com prazos pré-estabelecidos.

Outro país com experiência de ativismo judicial aplicado ao Sistema Prisional é a Argentina. No ano de 2005, a Suprema Corte deliberou acerca de habeas corpus coletivo postulado em favor da população reclusa em presídios da capital Buenos Aires, onde a superlotação e a falha em cumprir com a separação de presos de acordo com a infração cometida configurou, no entendimento judicial, desatendimento aos preceitos constitucionais.

Por conseguinte, a corte estabeleceu um prazo de sessenta dias para que o Executivo superasse o quadro aludido, cessando a reclusão em distritos policiais e adotando as medidas necessárias para frear o tratamento bárbaro concedido aos detentos. Ainda, determinou a confecção de relatório detalhado das condições carcerárias constatadas (ARGENTINA, 2005).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal decretou, no ano de 2015, o Estado de Coisas Inconstitucional em relação aos direitos fundamentais dos apenados brasileiros. A decisão foi proferida em ação ajuizada pelo Psol (Partido Socialismo e Liberdade), e apontou as condições do sistema prisional brasileiro, afirmando estar em total desacordo com o disposto na Constituição Federal, violando diversos direitos fundamentais dos presos. Em que pese, sustenta que as violações decorrem de falhas estruturais resultantes da omissão de diversos membros dos poderes Legislativo e Executivo, nos âmbitos federal, estadual e municipal. Destaca-se que a administração pública ignora preceitos concebidos pela Constituição ao deixar de criar a quantidade necessária de vagas para acomodar o contingente carcerário (BRASIL, 2015).

Os magistrados da Suprema Corte afirmaram que o cenário era de lesão à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial e, portanto, justificava a adoção do ativismo judicial em caráter estrutural, remediando a letargia dos demais Poderes, mas sem deixar de com eles dialogar. Com esse objetivo, os ministros transcenderam aos seus papéis constitucionalmente estabelecidos, visando remediar omissões. Os Ministros ressaltaram em seus votos a situação degradante na qual se encontra o sistema penitenciário brasileiro. Cabe destacar o posicionamento do Relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio Mello (2015, p.25), que preceituou: “As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre”.

2.2.4 A discussão acerca da legitimidade do Estado de Coisas Inconstitucional

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF gerou intensa repercussão no mundo jurídico, dividindo as opiniões de diversos doutrinadores.

O doutrinador Campos (2019, p. 254) preleciona que:

Embora o ativismo judicial produza riscos para a democracia, a intervenção judicial ativista será justificada se verificado, como ocorre no caso do ECI, padrão elevado de inércia ou omissão política ante a situação de violação massiva de direitos fundamentais (CAMPOS, 2019, p.254).

Em sentido diverso, Campilongo, Faria e Giorgi (2015) sustentam que o ECI pode resultar em mais adversidades na aplicação da constituição, ameaçando os direitos fundamentais em sua tentativa de lhes dar eficácia. Segundo os autores, o conceito poderia ser aplicado em diversos âmbitos sociais e usado para justificar a intervenção judicial de forma desenfreada e insustentável. Ainda, questionam a competência do Supremo para “compensar a incompetência” dos órgãos políticos.

No mesmo entendimento, Streck (2015) reitera que o ECI pode ser uma rota para qualquer demanda sobre inconstitucionalidade no Judiciário, afirmando, ainda, que não se pode declarar a inconstitucionalidade de coisas, pois o objeto do controle de constitucionalidade são as normas jurídicas e não a realidade fática sobre a qual incidem.

Outro autor a criticar o ECI foi Abboud (2016, p.107) que aponta: “Admitir que o STF se pronuncie sobre qualquer mazela do cenário brasileiro é ignorar a fórmula democrática posta na Constituição. Em termos mais diretos é ignorar a própria democracia constitucional”.

Na defesa do Estado de Coisas Inconstitucional, Campos (2015) afirma que os críticos pintaram um quadro distorcido e exagerado do ECI, bem como de seus requisitos e resultados, de forma a ignorar sua objetividade e excepcionalidade, os quais suprimem a ameaça de banalização e proliferação do instituto apontada pelos autores.

O escritor ainda defende que o ECI não será utilizado para tratar de qualquer violação de direitos, mas apenas quando for identificado um quadro de violações que seja claro resultado de inércia do Poder Público, relacionado a incapacidade institucional, de forma generalizada, sendo imprescindível a carência de políticas voltadas a superar o contexto de maculação de direitos humanos. Ressalta ainda a despeito de diversos direitos não constarem com efetivação plena, como saúde e educação, estes são pautados na agenda política, havendo diversos programas públicos voltados ao seu aprimoramento e universalização, ao contrário do que ocorre com o cenário carcerário, que é ignorado pela classe política.

Ainda, ilustra que não se concebe como objetivo a ideia de “compensar a incompetência” de outros poderes, mas viabilizar o diálogo entre os poderes, através de ordens maleáveis que

permitam a cooperação - e não a supremacia - institucional. Dessa forma, o Poder Judiciário pode colaborar com a efetivação do garantido textual na medida em que tem contato direto com a realidade, alertando sobre as condições de grupos vulneráveis.

Com referido esclarecimento, quanto às críticas que concernem a violação do princípio da divisão dos Poderes, Campos (2015) defende que a Constituição Federal requerer uma atuação solidária e cooperativa dos poderes, trabalhando todos em prol da efetivação da Carta Magna. Ademais, argumenta que a violação passiva de direitos fundamentais e bloqueios institucionais constituem razão para a flexibilização do princípio em questão, pois do contrário tolera-se a inércia governamental em prejuízo dos direitos fundamentais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das circunstâncias constatadas no sistema carcerário brasileiro assevera a urgência de adoção de medidas direcionadas à atenuação do cenário. A atenção dada pela jurisprudência, tanto em âmbito nacional quanto internacional, evidencia o insistente panorama de violação aos direitos fundamentais dos apenados, porquanto a indiferença direcionada às necessidades dos presos, os índices de superlotação, a falta da aplicação de recursos e o tratamento atroz constatado nas penitenciárias maculam o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo um cenário complexo de violações que demanda uma resposta estatal.

Nessa perspectiva, têm-se o Estado de Coisas Inconstitucional, instituto importado da Colômbia e declarado no Brasil pela Suprema Corte ao sistema prisional, tendo como pressuposto a violação em massa de direitos fundamentais como resultado de omissão estatal.

No entanto, a medida citada configura ativismo judicial, na medida em que o STF interviu em matéria de competência dos demais poderes. Essa atuação tem caráter nocivo, pois ao legislar ou impor matéria referente à locação de recursos desrespeita-se o mandamento constitucional da separação dos poderes.

Neste viés, há aqueles que defendem a intervenção jurídica na matéria, em caráter ativista, visando garantir os direitos fundados na dignidade humana e o mínimo existencial, e aqueles que advertem sobre os riscos de se legitimar a dilatação de um Poder sobre os outros. Portanto, faz-se necessária a reflexão dos institutos do ativismo, judicialização e estado de coisas inconstitucional, o exame de seus pontos benéficos e prejudiciais, e, sobretudo, a possibilidade de pleitear alternativas

para mitigar as falhas de gestão do sistema penitenciário sem que seja necessário recorrer a expedientes ativistas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT. 2016.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário Brasileiro. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DA6A4E5999C5A9E166381D18BF4DBFD6.proposicoesWebExterno2?codteor=1362922&filename=REL+1/2015+CPICARCE+=>+RCP+6/2015>. Acesso em: 12 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Imóvel Rural. Reforma Agrária. Decisão que anulou a declaração expropriatória. Suposta inexistência de direito líquido e certo do recorrido. Pretendido restabelecimento da desapropriação-sanção. Falta de indicação precisa, na notificação prévia dirigida ao proprietário do imóvel rural, na notificação prévia dirigida ao proprietário de imóvel rural, da data de início da vistoria administrativa. Ofensa ao postulado do “due process of law” (CF, art. 5º, LIV). Reforma agrária e abuso de poder. Inadmissibilidade. Nulidade radical da declaração expropriatória. Recurso de agravo improviso. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 17/11/1995. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703003/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Direito de Família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1521, 1523, 1535 e 1565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão de 01/02/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/>>

jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Autor: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DJ: 14/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

BUNCHRAFT, Maria Eugenia. **Judicialização e minorias**: uma reflexão sobre a doutrina de equal protection na jurisprudência da suprema corte americana. 2010. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12025/1/2010_art_mebunchaft.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

BUNCHRAFT, Maria Eugenia. **Os direitos das uniões homoafetivas no STJ e STF**: uma reflexão sobre os limites do monismo moral de Axel Honneth. 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12224/1/2011_art_mebunchaft.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

CAMPILONGO, Celso; FARIA, José Eduardo; GIORGI, Raffaele. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em <<https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o Estado de Coisas Inconstitucional?** 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; CAMPOS DE RÉ, Mônica. **As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº SU-559, de 06/11/1997**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2009.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias/1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.

ESPÍNDOLA, A. A. S.; WEIDLICH, A. M. **JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO: AS DISTORÇÕES DECORRENTES DA EXCESSIVA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DA**

ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA. 2016. Disponível em <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/591>>. Acesso em 15, mai. 2021.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes: O poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Magistratura, virtù passive e stato attivo**. 2010. Disponível em <<https://studylibit.com/doc/99921/magistratura--virtu-passive-e-stato-attivo>>. Acesso em: 15 set. 2020.

HALIS, Denis de Castro. **A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia**. 2004. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/354744590/Denis-de-Castro-Halis-A-supremacia-judicial-em-debate-ativismo-fabricacao-de-decisoes-e-democracia-pdf>>. Acesso em: 30 set. 2020

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial activism**. 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo Judicial**. 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dou10anos/article/view/3457/3580> . Acesso em: 30 out. 2020.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. 2014. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/45artigo1.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2020.

LYONS, Quintero Josefina; MONTERROZA, Angélica M. Navarro; MEZA, Malka Irina. **La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colómbia**. 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>. Acesso em: 11 mai. 2021.

MÉLO FILHO, Marconi Araní. **Direitos Fundamentais e exigibilidade das prestações sociais: a eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos sociais prestacionais e o papel do Judiciário**. 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4565/1/arquivo5945_1.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas. 2018.

MORE, João Batista da Cunha Ocampo. **Ativismo judicial e a efetivação dos direitos constitucionais no Brasil**. 2013. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Joao%20Batista%20da%20Cunha%20Ocampo%20More.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2020.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2004.

OPPITZ, Daniela Gomes. **A crise do sistema prisional brasileiro: direitos fundamentais e o controle judicial de políticas públicas**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/38373/1/ulfd138263_tese.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais de Caráter Prestacional: em busca da superação de obstáculos**. 2008. Disponível em: <http://bdtb.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3646>. Acesso em: 02 nov. 2020.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos Fundamentais - Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade**. 2009. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197>. Acesso em: 30 set. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 30 abr. 2021.

TASSINARI, Clarissa. **Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 maio 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.