

PRISCILA BORGES FERREIRA

**O SISTEMA PENITENCIÁRIO CONTEMPORÂNEO: O ATIVISMO
JUDICIAL ESTRUTURAL E O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

BRASÍLIA

2018

PRISCILA BORGES FERREIRA

**O SISTEMA PENITENCIÁRIO CONTEMPORÂNEO: O ATIVISMO
JUDICIAL ESTRUTURAL E O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

(TERMO DE APROVAÇÃO)

BRASÍLIA

2018

PRISCILA BORGES FERREIRA

**O SISTEMA PENITENCIÁRIO CONTEMPORÂNEO: O ATIVISMO
JUDICIAL ESTRUTURAL E O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

(TERMO DE APROVAÇÃO)

BRASÍLIA, 05 DE OUTUBRO DE 2018.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Víctor Minervino Quintiere

Prof.(a) Examinador(a)

RESUMO

Diante da problemática de violação massiva de direitos fundamentais, no âmbito penitenciário, decorrente de falhas estruturais de todo o aparato estatal, o presente trabalho se ocupou de investigar o que está sendo feito para tentar mudar essa realidade. Tendo como base esse assunto que reflete na segurança pública e influencia fortemente o cotidiano da sociedade, o objetivo aqui pretendido é o de apresentar a nova postura do Supremo Tribunal Federal para dar um cumprimento de pena digno, que respeite os direitos e garantias fundamentais, dentro dos presídios brasileiros e demonstrar as implicações do ativismo judicial no contexto de políticas públicas penitenciárias, por meio da análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF e pesquisa bibliográfica, entendendo os novos conceitos trazidos pela ação. O resultado é uma perspectiva otimista de retirada da inércia dos Poderes Públicos, por meio do chamado Ativismo Judicial Estrutural, em que a contribuição se dá ao perceber a mudança de visibilidade e de atuação, tanto social, como estatal, à matéria, como perceber, também, a importância desse sistema para a paz social.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Direitos Fundamentais. Estado de Coisas Inconstitucional. Ativismo Judicial Estrutural. Inércia. Mudança.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	7
1.1 <i>Decretação do ECI: Paralelo entre Colômbia e Brasil.....</i>	7
1.2 <i>Conceitos e Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional</i>	11
1.3 <i>A relevância do julgamento do STF sobre a ADPF nº 347 para mudança da realidade penitenciária</i>	15
2 O JULGAMENTO DA ADPF N.º 347/DF: UMA ANÁLISE CRÍTICA.....	16
2.1 <i>Do cabimento da ADPF.....</i>	16
2.2 <i>A apreciação da ADPF: dos votos.....</i>	22
2.3 <i>Reflexões sobre os modelos adotados</i>	29
2.4 <i>Das Medidas Cautelares</i>	32
3 OS PATAMARES DA DECISÃO DO SUPREMO: RISCOS E PERIGOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO CASO BRASILEIRO.....	38
3.1 <i>As críticas relativas à decretação do Estado de Coisas Inconstitucional</i>	38
3.2 <i>O julgado brasileiro</i>	42
3.3 <i>Implicações do Ativismo Judicial Estrutural.....</i>	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

A concepção dos direitos fundamentais, como valores e dever de proteção, enseja, dos Poderes Públicos, atuação legislativa, administrativa e judiciária, de forma dialógica. E, dessa forma, ofende a Constituição Federal (CF) não só quando o Estado pratica excessos, como também quando deixa de agir em prol da garantia dos direitos fundamentais, ou quando o faz de modo insuficiente¹.

Em dimensão contemporânea do Princípio da Proporcionalidade, como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) dos direitos fundamentais, que só legitima o Estado se atuar de modo proporcional às exigências de tais direitos², ou seja, objetiva coibir a inação ou a atuação deficitária do Estado, exigindo-lhe medidas suficientes para uma proteção e promoção, no mínimo, adequada dos direitos fundamentais.

Diante de insistentes comportamentos políticos omissivos e de grave violação aos direitos fundamentais, o presente trabalho se ocupará em analisar a debilidade na efetividade desses direitos, no contexto do sistema penitenciário brasileiro. Assim como, dado o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional, analisar a necessidade do ativismo judicial dialógico e estrutural entre os Poderes Públicos e a sociedade civil, haja vista a falta de coordenação entre o legislador e a concretização dos comandos legais, somados à deficiência na execução das políticas públicas penitenciárias, oriundos de falhas estruturais, que gera um quadro massivo de violação de direitos e abandono social³.

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma modalidade extrema de omissão inconstitucional do Estado e é preciso superá-lo. Por meio de técnicas desenvolvidas pela Corte Constitucional Colombiana, como será apresentado, adaptando-as ao contexto brasileiro, e conjugadas aos conhecimentos práticos tidos em outras áreas políticas de atuação ativista do Supremo Tribunal Federal (STF), como também será discutido, de forma a implementá-las de forma efetiva e superar os bloqueios políticos

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 480.

² PULIDO, 2003 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93.

e institucionais, para possuir um sistema penitenciário que tenha condições mínimas de cumprimento de pena, assim como observar a dignidade da pessoa humana, a fim de apresentar à sociedade uma forma capaz de combater a criminalidade e o caos da insegurança social.

1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A análise do capítulo em tela se dará para o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional no sentido teórico e de suas conjecturas, a partir da obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos que, com sua tese de doutorado, trouxe para o Brasil a experiência colombiana. Em seus estudos, Carlos Alexandre desenvolve sobre o posicionamento tradicional da doutrina brasileira a respeito da inconstitucionalidade por omissão normativa e a sua consequente necessidade de reavaliação, assim como pontua a proposta teórica do ECI e suas implicações.

Dessa forma, é possível analisar o histórico do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional nos casos da Colômbia e do Brasil e os conceitos e pressupostos de sua decretação, tornando-se um tema relativamente novo no contexto brasileiro, mas de suma importância no sentido de mudar a realidade penitenciária do país, em princípio, pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, adiante analisada, que levantou esse tema em nossa Suprema Corte.

1.1 Decretação do ECI: Paralelo entre Colômbia e Brasil

A ADPF 347 foi proposta pelo PSOL com o objetivo de obter do STF uma declaração que o sistema penitenciário brasileiro é um Estado de Coisas Inconstitucional e, conseqüentemente, obter medidas judiciais dirigidas a transformar o sistema, de modo a conduzi-lo a um estado de constitucionalidade, de conformidade ou, pelo menos, um estado de proximidade à Constituição Federal.

O termo ECI tem origem na Corte Constitucional Colombiana. Na primeira decisão, em 1997, a Corte se deparou com a situação de alguns municípios não pagarem subsídios previstos em lei aos professores. Mas, analisando o caso, a Corte percebeu que não era um caso referente a alguns municípios, mas sim um problema generalizado de vários municípios colombianos e que a razão para o quadro de inconstitucionalidade não tinha origem nas próprias municipalidades. Não eram imperfeições próprias dos governantes municipais, mas era um defeito na distribuição de recursos financeiros no âmbito da Política Nacional de educação, ou seja, o problema não era em relação à falha de um único ente público ou órgão administrativo,

mas era uma falha estrutural, decorrente de várias condutas omissivas de vários entes políticos envolvidos⁴.

A referida Corte denominou Falha Estrutural e fez surgir um quadro de estado de inconstitucionalidade generalizada. Com a decretação do ECI, passou a intervir nas políticas públicas nacionais de educação. Porém, esse não foi o caso mais importante de decretação do ECI. Os dois casos mais importantes foram, o primeiro, envolvendo o sistema penitenciário colombiano e, o segundo, envolvendo o deslocamento interno de pessoas dentro da Colômbia por decorrência da violência interna (urbana e rural) no país, em virtude das FARC⁵.

No primeiro caso, foi verificado um estado similar ao que ocorre hoje no Brasil. Verificou-se, a priori, um quadro de superlotação carcerária e, a posteriori, decorrente dessa superlotação, havia a negação de vários direitos fundamentais aos presos. Os presos viviam num estado de insegurança absoluta e negativa de direitos básicos, como alimentação saudável, educação... O quadro era de impossibilidade de ressocialização desses presos. A situação não era só de violação massiva dos direitos dos presos, mas também de ameaça à segurança da sociedade, que tinha, nesses presos, possíveis e prováveis reincidentes⁶.

A Corte Suprema Colombiana também percebeu que não havia quaisquer políticas públicas em andamento, voltadas a superar esse quadro de inconstitucionalidade do seu sistema carcerário. Ou seja, além do quadro de violação massiva de direitos fundamentais, percebeu a Corte que não havia a possibilidade de superação desse quadro por meio de ações estatais, haja vista a absoluta falta de políticas públicas nesse sentido⁷.

A Corte decretou o ECI e estabeleceu que várias medidas fossem tomadas pelos Poderes Públicos de modo a superar esse quadro. A decisão não trouxe bons efeitos e todos os autores que trataram do tema apontaram um erro para isso: faltou

⁴ RAQUEL CÁRDENAS; GÓMEZ PINTO, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 120.

⁶ HERNÁNDEZ, 2003 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 131-132.

um acompanhamento posterior pela Corte, isto é, um monitoramento judicial sobre as ordens estruturais proferidas em relação à implementação dessas medidas⁸.

Esse defeito foi superado no segundo caso. No caso da violência urbana na Colômbia, a Corte constatou a existência de milhares de famílias que eram forçadas a saírem de suas casas, a abandonarem seus empregos por medo da violência disseminada pelas guerrilhas urbana, como as FARC. Nesse verdadeiro quadro de guerra interna no país, as pessoas eram deslocadas e, durante o deslocamento, não tinham assegurados pelo Estado quaisquer direitos básicos, como saúde, alimentação, moradia. Eram pessoas abandonadas pelo Estado. E essas situações eram ignoradas também pela sociedade como um todo, ou seja, era um grupo socialmente invisível e ignorado pelos Poderes Públicos, sem direitos básicos assegurados⁹.

A Colômbia foi notificada por essa situação, mas nada o governo fez. Portanto, mais uma vez, a Corte colombiana se deparou com um quadro de massiva, reiterada e generalizada violação de direitos, como também bloqueios políticos de aparato estatal. Mais uma vez a Corte decretou o ECI e determinou que vários organismos do governo tomassem medidas administrativas, orçamentárias, legislativas, novas políticas públicas voltadas a superar esse estado de inconstitucionalidade. A Corte também determinou datas de audiências públicas seguidas para monitorar o sucesso da implementação dessas medidas, junto aos próprios poderes políticos e com membros da sociedade civil, de modo a estabelecer um diálogo institucional e social¹⁰.

Nessas audiências públicas eram discutidos tanto o conteúdo quanto a efetividade dessas medidas, assim como propostas para correção de defeitos e insuficiências. O resultado foi o sucesso dessa decisão, que foi reconhecida por Organismos Internacionais e ONG's colombianas de que se não fosse a intervenção da Corte sobre as políticas públicas do Executivo e Legislativo e não fosse esse monitoramento do sucesso da implementação dessas medidas, as pessoas

⁸ RAQUEL CÁRDENAS; GÓMEZ PINTO, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 146-151.

deslocadas ainda estariam sofrendo de forma generalizada com a falta de direitos básicos¹¹.

Ainda houve o problema do deslocamento forçado, porque não conseguiram resolver a questão da violência interna, mas as pessoas não estão mais totalmente desassistidas nem são mais ignoradas pela sociedade ou Poderes Públicos. Nesse último caso, a declaração de ECI e a intervenção estrutural da Corte, com suas decisões, ajudaram a melhorar a questão de garantir direitos fundamentais¹².

É possível reconhecer, dessa forma, a ligação existente entre os casos colombianos e o brasileiro, uma vez que as decisões judiciais que desenvolveram o ECI num contexto colombiano, a exemplo do penitenciário, muito parecido com o do Brasil, mereçam ter importação para a nossa jurisprudência, a fim de solucionar, ou amenizar, o estado de generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, já que temos demonstrado, agora, o sucesso da experiência colombiana e a oportunidade de implementação na realidade brasileira, por meio da ADPF nº 347.

No Brasil, até 1830, não havia Código Penal, quando ainda era colônia portuguesa e se submetia às Ordenações Filipinas, e eram previstas penas de morte, penas corporais, retenção de bens, humilhação, entre outras, e não havia a prisão como cerceamento de liberdade, apenas para evitar a fuga, como meio e não a finalidade da pena. Em 1824, com a nova Constituição Federal, houve uma reforma do sistema punitivo, na qual já se determinava que as cadeias fossem limpas e bem arejadas. Com o Código Criminal do Império, em 1830, implementa-se a dualidade de prisão simples ou com trabalho, que podia ser perpétua, mantendo-se as penas de morte e de galés, com trabalhos forçados. De modo que, desde 1828, já se faziam relatórios, descrevendo o sistema prisional como um ambiente sórdido, com a não separação de presos provisórios e condenados, alimentação e assistência médica precárias, sugerindo melhorias de higiene e tratando da escassez de estabelecimentos apropriados. Em 1890, com novo Código Penal, foi abolida a pena de morte, açoites, galés e penas perpétuas, estabelecendo penas de até 30 anos. O

¹¹ RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 153.

Código previa penas de prisão celular, com trabalho, disciplinar e de reclusão em estabelecimento militar, prevendo, também, a progressão de pena inspirada no sistema irlandês e, já por falta de vagas, a previsão de penas alternativas à prisão¹³.

Sob a égide do atual Código Penal, de 1940, é possível perceber que a problemática de um sistema penitenciário precário se evidencia desde sua institucionalização no Brasil.

1.2 Conceitos e Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional pode ser definido como o instituto por meio do qual a Corte declara, afirma e assenta um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente e agravado por falhas e omissões estruturais, ou seja, omissões de todo o aparato estatal, incluindo-se órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e até Judiciário, e que apenas medidas também de natureza estrutural, isto é, de transformação das instituições estatais, poderiam levar à superação desse quadro¹⁴.

Com o intuito de facilitar a identificação do ECI, Campos detalha os quatro fatores essenciais de afirmação, devendo ser rígidos esses pressupostos para não fragilizar o uso do instituto. O primeiro traduz-se na necessidade do quadro de violação ser massivo, sistemático e reiterado de direitos fundamentais. Não é uma mera situação de inconstitucionalidade, nem um direito fundamental específico sendo violado, mas deve haver um quadro de violação de diferentes direitos decorrentes de uma mesma origem e envolvendo uma mesma medida de superação que afeta um número expressivo de pessoas¹⁵.

O segundo pressuposto, no plano das causas ou origem, esse quadro de violação massiva de direitos fundamentais decorre de falhas estruturais, de ações e omissões reiteradas de todo o aparato estatal. Não dá para apontar falha de um único

¹³ SANTIS, Bruno Morais Di; ENGBRUCH, Werner. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. *Liberdades*, n. 11, p. 143-160, set./dez. 2012.

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 177.

¹⁵ RAQUEL CÂRDENAS, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

órgão estatal, deve haver uma falta de coordenação e gestão geral dos órgãos públicos¹⁶.

Como terceiro pressuposto, no plano das soluções, se cria a noção de sentenças estruturais. Ideia de que para a superação de um ECI, apenas decisões judiciais voltadas à mudança estrutural, a transformações institucionais, podem ser satisfatórias para o quadro, de modo que as ordens judiciais devam ser dirigidas a uma pluralidade de atores públicos, pois para a resolução de um mau funcionamento estrutural, fazem-se necessárias medidas de similar abrangência¹⁷.

O quarto pressuposto se deve ao risco de haver uma alta demanda judiciária, tendo em vista o grande número de pessoas afetadas pela inconstitucionalidade, que poderiam congestionar o Poder Judiciário com ações, de modo que a Corte poderia resolver, assim, o impasse de uma única vez. Contudo, esse pressuposto não deve ser utilizado no contexto brasileiro, pois a Constituição já criou mecanismos suficientes para obstruir o acesso de organizações ao controle concentrado de constitucionalidade, ao contrário da Colômbia, de forma que só serviria como uma dificuldade formal que manteria o problema¹⁸.

As sentenças estruturais são decisões voltadas à transformação das instituições em mau funcionamento, devem ser as ordens mais flexíveis possíveis, pois devem deixar para os outros Poderes a escolha dos meios, das políticas públicas. Ou seja, a Corte afirma a falha estrutural e define parâmetros de atuação e o Legislativo e Executivo desenham e executam as políticas públicas¹⁹.

De toda forma, a Corte deveria supervisionar a implementação dessas medidas, isso porque deve promover o debate, a deliberação, em torno do sucesso dessas medidas, bem como monitorar – não um monitoramento simplesmente

¹⁶ SANCLEMENTE MACHADO; LASPRILLA VILLALOBOS, 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁷ ARIZA, 2013 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa**. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/Documentos_Pos/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁹ CHAYES, 1976 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

sancionatório – por meio de audiências públicas para que os Poderes Públicos e a sociedade debatam periodicamente as medidas escolhidas e sua implementação²⁰.

Campos considera, ainda, que declarar o ECI é uma parte muito importante dentro desse processo estrutural, ou processo institucional, porém, trata-se apenas de um ponto de partida, que muitos chamam de decisões ativistas. Isso porque o ECI é ativista, mas ativista de partida, uma vez que a Suprema Corte atua como ator político ao decidir sobre o momento de formular políticas públicas e controlando seu implemento. Porém, é dialógica no seu continuar, no percurso e na chegada, pois, para afirmar o ECI, há sentenças, no entanto, são flexíveis e sob monitoramento. Isto é, são os Poderes Públicos que realizarão as políticas públicas, portanto, que tomarão as verdadeiras decisões orçamentárias e políticas propriamente ditas, devendo ter a participação da sociedade civil, o que legitima a atuação do Judiciário nesse contexto de diálogo institucional²¹.

Pode se dizer que a decretação do ECI é a afirmação de legitimidade para a Corte ingressar nesse processo estrutural e na tomada de medidas estruturais. Contudo, o que interessa para superar esse quadro é o “como” essas sentenças estruturais serão tomadas e serão tornadas realidade, a fim de evitar a supremacia judicial e que, ao mesmo tempo, tenha efetividade²².

Os três principais efeitos esperados das decisões judiciais, quanto à decretação do ECI, são os de superar os bloqueios políticos, superar bloqueios institucionais e superar bloqueios deliberativos, conforme a seguir delineados²³.

Quanto à superação dos bloqueios políticos, a razão é que a população carcerária é uma população ignorada pelo sistema político. É uma classe que não tem voz no Parlamento nem junto ao Executivo, portanto, não há motivação política de se lutar por eles, ao contrário, podendo até perder votos se o fizerem, haja vista serem rejeitados pela sociedade. E, quando há a declaração judicial do ECI em uma situação

²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 204.

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 214-215.

²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245.

²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245-250.

em que a política não funciona, a decisão da Corte revela-se a forma de superar o motivo político que impede a realização de direitos, em virtude da paralisia parlamentar e administrativa²⁴.

Quanto à superação dos bloqueios institucionais, a razão é de o Estado simplesmente não conseguir funcionar bem. Muitas vezes o bloqueio institucional é em função de má coordenação. O Estado diz uma coisa e a União diz outra, pois há uma falta de diálogo e coordenação entre esses entes. A Corte, por meio da decretação do ECI e de remédios estruturais, pode ajustar esse diálogo, ajustando, por conseguinte, a atuação conjunta desses Poderes e, assim, colocando em funcionamento essas instituições, de modo a superar o bloqueio²⁵.

E, por fim, a superação dos bloqueios deliberativos no intuito de modificar a opinião pública sobre o tema. Muitas vezes, a sociedade apenas ignora o tema e não se preocupa, porém, ao chamar a atenção da sociedade para isso, ela supera bloqueios deliberativos e essa superação pode ter um resultado positivo e superar ainda mais bloqueios políticos e institucionais, criar movimentos de defesa de direitos, mobilizações sociais para o resultado das medidas adotadas, etc. Ou seja, se a sociedade passar a se preocupar e adotar uma postura positiva para superar o ECI, os Poderes Públicos vão passar a responder favoravelmente às novas demandas sociais que, depois, serão transformados em votos²⁶.

Aumentar a deliberação e o conhecimento da sociedade sobre o tema, a atenção da mídia e a modificação da opinião pública pode ter um ponto positivo para a superação de todos os bloqueios, sem interferir na liberdade decisória dos atores políticos²⁷.

²⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

²⁵ SANCLEMENTE MACHADO; LASPRILLA VILLALOBOS, 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

²⁶ RUDENSTINE, 1983 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

²⁷ HIRSCH, 2007 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

1.3 A relevância do julgamento do STF sobre a ADPF nº 347 para mudança da realidade penitenciária

Então é dada a importância de analisar a efetividade do julgamento do STF na ADPF 347 sobre o tema, pois o impacto que pode e deve existir abrange as esferas política, institucional e social.

Tendo em vista a lacuna existente entre as previsões da Constituição de 1988 e a realidade brasileira, uma inovação capaz de superar os bloqueios do país e resultar em avanço social que, por enquanto, mostram-se insuperáveis de outra forma, é de grande valia para a sociedade e, no primeiro momento, trouxe reflexão para o nosso contexto social. A razão da relevância de discussão da situação caótica em âmbito estrutural é pelo fato de que as instituições não podem tomar decisões em um vácuo social e político, mas devem fazer parte de um sistema de governo²⁸.

Portanto, a efetividade do julgamento se mostra imprescindível para mudarmos a realidade penitenciária brasileira, que já começa a incitar a sociedade a debater sobre os direitos humanos dos presos, superlotação carcerária, violência dentro dos presídios, audiência de custódia, entre outros temas, a partir de noticiários na televisão e reportagens na internet, o que demonstra a visibilidade social que o julgamento da referida ADPF levantou, sendo discutidas, por conseguinte, pelo CNJ e demais juízes e tribunais, outras soluções, caminhando para debates parlamentares no âmbito prisional. Evidencia-se, assim, a relação entre o julgamento da ação em epígrafe como forma de superar os bloqueios políticos, institucionais e deliberativos sobre a questão penitenciária.

Ressalta-se que o ECI foi um instrumento construído progressivamente pela Corte Constitucional Colombiana e, por isso, para se tornar realmente efetivo no Brasil, há que ser aprimorado para se adequar corretamente ao contexto brasileiro, sob risco da importação acrítica de doutrinas comparadas com a justificativa de haver problemas semelhantes²⁹.

²⁸ MILLER, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

²⁹ ACKERMAN, 1997 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

2 O JULGAMENTO DA ADPF N.º 347/DF: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Neste capítulo será analisado o posicionamento dos Ministros da Suprema Corte brasileira na apreciação das cautelares suscitadas na ação em epígrafe, a partir do acórdão proferido, de modo a levantar os problemas do sistema penitenciário brasileiro, já conhecidos, porém, ignorados por todos, seja pelos cidadãos, seja pelas instituições governamentais.

O inteiro teor do acórdão de julgamento dos pedidos cautelares traz consigo uma série de preocupações e tormentas presentes na realidade penitenciária, que são apontadas pelos Ministros e, por conseguinte, criticadas e debatidas a fim de se alcançar uma solução, a começar pela apreciação do Poder Judiciário, mas continuadas pelos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo, nos quais se deposita a capacidade de transformação, por meio de reservas orçamentárias e ações governamentais.

2.1 Do cabimento da ADPF

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma das formas especiais de controle concentrado de constitucionalidade, é regulamentada pela Lei nº 9.882/99 e tem como primeiro requisito de admissibilidade, conforme seu art. 1º, reparar lesão a preceitos fundamentais resultante de ato do Poder Público. Não é qualquer preceito previsto na Constituição que é fundamental, aplicando-se àqueles que ensejam graves consequências, como, no caso em tela, a violação à dignidade da pessoa humana, ao direito à assistência judiciária, à duração razoável do processo, à vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, ao respeito à integridade física e moral, aos direitos sociais, tais como saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, dentre outros, respectivamente, direitos previstos no art. 1º, III; art. 5º, incisos LXXIV, LXXVIII, III, XLIX e art. 6º, *caput*, todos da Constituição Federal³⁰.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 321-329.

Portanto, uma ADPF repressiva, como a analisada, visa reparar lesão a preceito fundamental, resultante de indevida atuação (ou omissão) do Poder Público, de forma autônoma, independente de andamento de outro processo judicial, como prevista no *caput* do art. 1º da Lei n. 9.882/99.³¹

Sob o ponto da legitimidade, Juliano Taveira Bernardes indica que a ADPF foi corretamente proposta, uma vez que o PSOL trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, conforme disposição do art. 2º da Lei n. 9.882/99, em consonância com o art. 103 da CF, sendo os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, cuja competência para julgamento é do STF, sendo corretamente ajuizada³².

Como segundo requisito, é necessário a impugnação de atos do Poder Público. Tratando-se do sistema penitenciário brasileiro, há relação de causa e efeito entre os atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios e o quadro de transgressão de direitos apontados. Essa relação abrange atos de natureza normativa, judicial e administrativa. Essa relação de causa e efeito advém da previsão constitucional do art. 5º, XLIX que, ao assegurar ao preso o respeito à integridade, faz nascer o dever de guarda, o que indica que o preso, quando sentenciado, está sob custódia do Estado, por conseguinte, está sob responsabilidade estatal. Isso significa dizer que o Poder Público tem o dever de prover a subsistência desses apenados, como, no caso, todos os preceitos fundamentais os quais fazem *jus*, a um mínimo tolerável.

Ressalta-se que os atos impugnáveis por ADPF, por meio da análise da jurisprudência desenvolvida e do art. 1º da lei 9.882/99, que cita em seu texto “atos do Poder Público”, sem especificar se seriam estes apenas atos normativos ou não, o que permite impugnar por ADPF autônoma os atos omissivos e comissivos; atos do Poder Público de qualquer esfera da Federação; de natureza normativa, administrativa ou judicial, isto é, atos de efeitos concretos ou singulares, incluindo

³¹ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

³² BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105.

decisões judiciais; atos normativos secundários; atos anteriores à Constituição de 1988; atos normativos já revogados e ato normativo de eficácia já exaurida³³.

Por outro lado, os atos que não podem ser impugnados por ADPF, de acordo com jurisprudência da Suprema Corte, são o veto de prefeito municipal a projeto de lei; súmula do STF com e sem caráter vinculante; projetos legislativos; lei editada para determinar o cumprimento de acordo coletivo de trabalho e lei orçamentária cuja eficácia já se exaurira³⁴.

No caso, os atos que foram impugnados pela ADPF 347, nas medidas cautelares ora analisadas, foram os atos omissivos e comissivos da União, Estados, DF e municípios, violadores dos direitos fundamentais dos presos, como também atos de efeitos concretos, como o contingenciamento das verbas do FUNPEN e o pedido que juízes e tribunais considerem e fundamentem suas decisões quando da decretação da prisão de modo a considerar o quadro dramático do sistema penitenciário e prefiram penas alternativas à prisão ou a proporcionalidade da sanção, incluindo decisões judiciais, como a determinação de realização das audiências de custódia e mutirões carcerários. Dessa forma, mostram-se corretamente interpostos os pedidos cautelares em tela.

O terceiro e último requisito é a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade, isto é, a subsidiariedade, como dispõe a literalidade do o art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99, e não há, no controle abstrato de normas, outro instrumento capaz de impugnar as violações aos preceitos fundamentais em questão de forma tão abrangente quanto uma ADPF³⁵.

Há vedação expressa no art. 4º, §1º da Lei 9.882/99 no sentido de propor ADPF quando existir outro meio *eficaz* para sanar a lesividade. No entanto, como explica Bernardes, conforme entendimento do STF no AgRg na ADPF 17/DF, como se trata de eficácia do meio, não é necessário que se esgotem todas as vias judiciais,

³³BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 347-349.

³⁴BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107.

³⁵BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335.

caso se perceba que são inúteis para reparar a lesão de preceitos fundamentais, isto é, o meio tem que se mostrar capaz de neutralizar a violação de direitos de forma eficaz.³⁶

Agora nos termos do voto do Ministro Fachin, em princípio, definiu o que seria preceito fundamental da ordem constitucional como os direitos e garantias individuais do art. 5º, dentre outros. De forma semelhante, os demais princípios qualificados como cláusula pétrea do art. 60, §4º, da CF. Diante disso, temos que o que foi impugnado nessa ADPF como preceito fundamental descumprido nos estabelecimentos penais brasileiros foi o direito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), ao devido processo legal e à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LIV e LV), o princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII), dentre outros.

Entendeu, ainda, que estaria atendido o primeiro pressuposto da ADPF, da análise do pressuposto da subsidiariedade, por não caber ADIN nem ADECON, já que não se impugna a constitucionalidade de lei ou de ato normativo. Também não seria o caso de provocar jurisdição constitucional em virtude de omissão do dever de legislar ou da tomada de providência administrativa. Tratar-se-ia, na verdade, de normas existentes e de providências administrativas existentes, mas que não se mostram adequadas e suficientes à proteção dos direitos fundamentais dos presos.

O ministro Celso de Mello, de forma a criticar os Poderes responsáveis pela concretização dos preceitos legislativos e constitucionais, afirmou que a omissão estatal que deixasse de cumprir o dever de prestação de preceitos da Constituição, qualificar-se-ia como conduta da maior gravidade político-jurídica, uma vez que desrespeita a Carta Suprema do Estado, ofenderia direitos fundamentais dos cidadãos e fragilizaria a aplicabilidade do postulado no ordenamento jurídico pátrio. O desprezo pelos preceitos constitucionais, seja por inércia ou por ação em desacordo por parte do Governo, refletiria total desprestígio e vulneração da autoridade da Lei Fundamental do Estado, constituindo uma “patologia constitucional”. Mostrando o possível descaso dos órgãos públicos para com a Constituição, o Ministro buscou

³⁶ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

legitimar, mais uma vez, a atuação do Judiciário, como meio capaz de coagir a atuação dos Poderes responsáveis.

O ministro Luiz Fux acrescentou caber ao Judiciário interferir na implementação de direitos fundamentais, num ativismo judicial-dialógico, uma vez que, havendo inércia e passividade dos demais Poderes, esses direitos não estão sendo cumpridos.

Essa legitimidade do Poder Judiciário em intervir na questão penitenciária seria dada quando sua atuação é voltada para proteção de direitos fundamentais da minoria, no seu papel contramajoritário. Ora, os presos representam justamente uma minoria invisível, não representada politicamente e incapaz de expressar suas necessidades. Como, também, o indivíduo está preso por uma decisão do Estado e, por isso, estabelece-se uma relação de sujeição/proteção indivíduo-Estado.

A função contramajoritária é papel do STF como guardião da Constituição, uma vez que as deliberações legislativas emanadas da aprovação por maioria, na forma do regime democrático, não é garantia que os direitos tutelados das minorias estariam sendo respeitados. Dessa forma, o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário faz-se tão importante para dar efetividade aos direitos fundamentais da minoria, como os presos, prevalecendo a garantia dos preceitos da Constituição em face de excessos e abusos da maioria, quando o julgamento será feito por um juízo imparcial³⁷.

É preciso ressaltar neste trabalho que a atuação do Poder Judiciário não acarreta riscos à democracia. Ao contrário, sua atuação fica adstrita à aplicação das leis e da Constituição, de modo a não agir por vontade política própria, tendo cautela na interpretação de normas carregadas de valores axiológicos, para não inovar na ordem jurídica, deixando esse papel a cargo do Legislativo, agindo como representantes indiretos da vontade dos cidadãos³⁸.

³⁷ SOUZA, Clarissa Abrantes. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais,55583.html>>. Acesso em: 02 out. 2018.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em:

Continuando, quanto às decisões de ministros que indeferiram alguns pedidos cautelares por já estarem previstos em lei e por considerar inócua a determinação judicial, seria justamente para isso servir uma ADPF. Uma ADPF pressupõe um preceito na Constituição que não é cumprido, por isso do cabimento desta. Como, também, se uma lei obriga o juiz a motivar suas decisões e ele não o faz, daí nasce um estado de coisas inconstitucional.

Então, o ministro Luiz Fux ponderou que várias violações elencadas na ADPF 347 são repetidas todos os dias, violando leis e a Constituição, como prisões sem fundamentação ou mal decretadas, e por isso mesmo do cabimento da ação. O fato de já haver uma lei prevendo o que se pede em sede cautelar não esvaziaria o conteúdo da ação, mas justamente teria o efeito de reconhecer o estado de coisas inconstitucional.

Dessa forma, o ministro considerou que a jurisdição constitucional não serve apenas para fazer ponderações de valores e subsunção do fato à norma, mas, também, tenha um efeito pedagógico. Efeito pedagógico este que num acórdão da Suprema Corte conste claramente o que os juízes devem fazer e não estão fazendo, colocando as coisas no seu devido lugar, ainda mais com uma ADPF.

Com a análise do cabimento da ADPF, ministro Fux trouxe uma preocupação *a posteriori* no caso de os juízes não obedecerem às determinações do Supremo e como proceder diante desse fato. Como há uma determinação judicial proferida pela Suprema Corte para os demais juízes e tribunais, no caso de não ser obedecida, eles estarão cometendo *vício de ilegalidade* da decisão. Trata-se, portanto, de erro *in procedendo* e deve ser corrigido por via do recurso cabível, não com reclamação.

Nesse caso, o tribunal iria cassar a decisão do juiz que não proferisse decisão fundamentada para poder fazê-lo, ainda que tenha cumprido os requisitos para manter o indivíduo preso, utilizando-se do poder geral de cautela. Com esse acórdão, a decisão, de caráter geral, serviria como exemplo para toda a magistratura.

No entanto, essa leitura feita pelo Ministro Fux era mais uma tentativa de não propagar muitas reclamações perante o STF depois da concessão dessas cautelares no caso de desobediência por juízes, tribunais e pelos Poderes Públicos, por atingir uma grande parcela da população, alcançando, além dos presos, seus familiares, que reivindicam os direitos deles, do que propriamente ter razão o Ministro de não ser cabível a Reclamação. Haja vista que a concessão de liminar, prevista no art. 5º da lei nº 9.882/99, já foi alvo de discussão pelo Ministro Celso de Melo, na Reclamação 5.512-MC, na qual resolveu, monocraticamente, que a decisão que concede cautelar, em sede de ADPF, é dotada de efeito vinculante e, no caso de descumprimento, a via que a assegura é a da reclamação. Não só na forma de entendimento jurisprudencial, como também a doutrina esboça esse entendimento³⁹.

Dessa forma, o entendimento foi uníssono no sentido de ser cabível Reclamação Constitucional para assegurar a decisão que concedia os pedidos cautelares da ADPF 347.

2.2 A apreciação da ADPF: dos votos

Na apreciação da referida ADPF, o ministro Luís Roberto Barroso afirmou que prendemos muito, mas prendemos mal. A criminalidade com violência e a criminalidade associada à corrupção seriam as categorias de crimes que mais assombrariam a sociedade brasileira. Porém, mais da metade da população carcerária é composta por condenados por crimes de drogas e de furto, ou seja, sem emprego de violência, e a quantidade de pessoas presas por crimes de colarinho branco corresponderia a menos de 1%⁴⁰.

Esses dados indicariam que aqueles que cometem crimes realmente temidos pelos brasileiros, não seriam presos. O número de apuração de homicídios é de

³⁹ FERREIRA, 2003 *apud* BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2016.

menos de 10%, isto é, trata-se de uma pequena quantidade de pessoas presas por crimes violentos no Brasil⁴¹.

O ministro considerou, ainda, que as pessoas olham para o sistema prisional e o ignoram na certeza de que nunca passarão por ele. Dessa forma, perdem a sensibilidade, a humanidade e, principalmente, a empatia. Contudo, é sim preciso um diálogo para saber como interferir de forma legítima nesse sistema.

Quanto ao diálogo institucional, considerou, também, que pouco há que se falar com o Legislativo, uma vez que não há problemas em internalizar Convenções Internacionais e há legislação razoável sobre o tema. Haveria, na verdade, um problema de ordem filosófica de as pessoas acharem que os indivíduos presos perdem sua dignidade.

Contudo, a dignidade seria dada pela sua condição humana, teria de ser preservada em qualquer contexto, e a condenação seria quanto à prisão, pois não há no ordenamento jurídico vigente condenação a sofrer violência psicológica, física, sexual, etc. Assim, tratar com desprezo as pessoas condenadas à pena de prisão, como lixo humano, é uma forma de a sociedade negar-lhes a dignidade. Porém, o tratamento digno não se trata de um favor do Estado ou da própria sociedade, mas trata-se de um fundamento da República Federativa do Brasil, elencado no art. 1º, III da Carta Magna que o rege. Isto é, não está em discussão uma discricionariedade do Poder Público, mas de uma determinação constitucional num Estado que se afirma Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, não obstante ser um princípio fundamental, elencado no art. 1º, III da CF, não se exime de funcionar como regra (dúplice condição). Como, também, é norma de direito fundamental, o que significa dizer que dele decorrem diversas outras posições, que não precisam estar previstas expressamente, mas que conduz o ordenamento jurídico a seguir certa linha de posicionamento. Assim, quando se fala em direito à dignidade, abrangem-se vários

⁴¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2016.

sentidos aos direitos fundamentais relativos a essa ideia que importe em reconhecimento e garantia da dignidade.

Dessa forma, ao inserir o princípio da dignidade humana no título dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, configura o *status* de norma constitucional, tanto no sentido formal, quanto material, dando-lhe eficácia e aplicabilidade imediata, e constituindo-o como valor fundamental social para a ordem jurídica.

Portanto, ao reconhecer a condição de norma fundamental da dignidade, não se abre margem para aplicá-la ou não, de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração Pública. Ao contrário, assim, reconhece-se a aplicabilidade do art. 5º, §1º da CF, que preconiza que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, o que vincula o Poder Público a, desde logo, prover a dignidade humana a todos, inclusive, daqueles que se encontram no sistema penitenciário⁴².

Além das situações fáticas, diversos dispositivos constitucionais estão sendo violados generalizadamente no sistema prisional brasileiro e que dão causa à decretação de um estado de coisas inconstitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos, a vedação da aplicação de penas cruéis, o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado, a segurança dos presos à integridade física e moral e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social e à assistência judiciária do preso, são alguns dos preceitos constitucionais que foram elencados pelo ministro Marco Aurélio.

Outros dispositivos, também violados, foram enumerados, como normas infraconstitucionais, tais como a Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/94, que criou o Fundo Penitenciário Nacional. Ou, também, normas internacionais, citaram-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos, os quais o Brasil é signatário e prevê

⁴² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p.262-266.

direitos básicos aos presos, contudo, não estão sendo reconhecidos na realidade penitenciária.

Além de ser inadmissível tamanho desrespeito pelo ordenamento jurídico, há que se lembrar que a violência sofrida dentro dos presídios é sentida pela sociedade de forma reflexa, uma vez que implica no aumento da criminalidade. O cárcere não ressocializa os presos e ainda os ensina a serem mais perigosos. Segundo o CNJ, a taxa de reincidência está em torno de 70% e alcança, principalmente, presos provisórios que, em contato com grandes criminosos, passam a integrar alguma facção criminosa⁴³.

Dessa forma, é evidente que há violações sistemáticas de direitos humanos dentro dos presídios e, fora, há o aumento da criminalidade e da insegurança social.

Mostra-se, essa proposta de decretação do ECI, uma medida drástica de intervenção do Judiciário, porém, plenamente legítima, nesta dita discricionariedade da Administração Pública na direção do fundo penitenciário federal, por exemplo. A legitimidade da atuação do Judiciário advém das reiteradas e persistentes ações e omissões das autoridades competentes pelo sistema penitenciário brasileiro que, por si só, não saem da inércia.

Dentro do que foi apresentado como pressupostos de decretação do ECI, no julgamento do caso brasileiro, o ministro Teori Zavascki considerou que, para concessão das liminares da ação, um dos requisitos é a relevância do direito e a taxação do ECI do sistema penitenciário. Porém, apenas o reconhecimento de nada adianta, é preciso dar efetividade às medidas. Isto é, a concessão das liminares não pode ficar no plano simbólico, uma vez que o STF se dispõe a contribuir na solução desse quadro, essa contribuição tem de ser eficaz e responsável.

Assim, o fato de conceder liminares determinando o que já se encontra no ordenamento jurídico pátrio, além de não ser efetivo, é uma forma de abrir espaço para interposição de reclamação perante o STF, como já demonstrado, que se mostra

⁴³ BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Relatório de reincidência criminal**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2016.

menos eficiente e imediato que qualquer recurso ordinário por eventual decisão imotivada, o que preocupou a Suprema Corte brasileira.

No julgamento da referida ação em debate, considerou-se que o sistema penitenciário brasileiro se enquadra nos pressupostos principais para decretar o seu “estado de coisas inconstitucional”, haja vista tratar-se de violação generalizada de direitos fundamentais, como enumerado, decorrente da inércia ou incapacidade reiterada e persistente de uma pluralidade de autoridades públicas, cuja superação do quadro de inconstitucionalidades depende de medidas estruturais de todo aparato estatal, como entendeu o relator da ação.

Dessa forma, o primeiro passo foi determinar o papel do Supremo nesse contexto a fim de se tornar um catalisador das mudanças sociais. O ministro Marco Aurélio apontou que, quanto ao problema do elevado número de prisões provisórias, caberia ao Tribunal racionalizar os excessos na forma de interpretar e aplicar a legislação penal e processual penal de modo a minimizar o quadro, ao invés de agravá-lo, na sua função típica.

Na sua função atípica de interferir nas políticas públicas e escolhas orçamentárias, apesar das controvérsias teóricas quanto à afronta ao Princípio Democrático e ao da Separação dos Poderes⁴⁴, o ministro ponderou que a forte violação de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, já asseguraria a legitimidade da interferência do Tribunal.

Na verdade, o Judiciário seria legítimo para fazer o controle dos atos da Administração Pública como um todo, ainda que se trate de atos discricionários, quanto à legalidade. A legalidade dos atos administrativos é condição de sustentabilidade do Estado de Direito, já que, sem regras estáveis, a atuação estatal seria guiada pelo arbítrio dos que detêm o poder, cujos atos necessitam dos limites estabelecidos por lei.

No Direito Público, por conseguinte, o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, prevê que o administrador público só pode fazer o que a

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

lei expressamente o autoriza, arguível, portanto, de forma objetiva seus deveres. Dessa forma, o princípio da estrita legalidade administrativa visa evitar a prática de atos ilegais e o arbítrio do administrador público, uma vez que tem deveres constitucionais a cumprir. Portanto, para dar maior controle sobre os atos administrativos, além do controle interno feito pela própria administração pública, a Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXV, prevê a competência do Judiciário de apreciar lesão ou ameaça a lesão a direitos que, em seu controle externo, se mostra, de fato, legítimo para questionar e combater as fortes violações a direitos fundamentais na gestão pública⁴⁵.

Além disso, o STF revelou-se como o único capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem a efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, segundo o ministro Marco Aurélio. Por isso, considerou que cabe ao STF o papel de tirar os demais Poderes da inércia, acelerar as deliberações e as novas políticas públicas, coordenar e monitorar as ações e resultados.

Não se pode querer que o Tribunal se abstenha de agir, alegando o princípio democrático, uma vez que os canais políticos que poderiam solucionar o quadro de inconstitucionalidades encontram-se totalmente obstruídos, dada a elevada omissão estatal frente à grave violação de direitos fundamentais. Os motivos pelos quais esses canais políticos encontram-se obstruídos são simples de se identificar, mas se mostram um grande problema a ser superado para ensejar vontade política. Trata-se da sub-representação parlamentar e da impopularidade dos presos.

O ministro pontuou que os condenados criminalmente não gozam de representação política direta, uma vez que não podem votar nem serem votados, isso por si só já acarretaria uma desmotivação por parte dos parlamentares em agir em prol desses indivíduos, já que não haveria mais eleitores lutando por suas causas. Ao contrário, a opinião pública não aceita que sejam priorizados estabelecimentos prisionais frente a hospitais públicos, além de que muitos acreditam que as condições desumanas das prisões são uma forma de retribuição pelo mal feito pelos presos.

⁴⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Lições de direito*. São Paulo: Manole, 2011, pp. 111-112.

A opinião pública está no cerne da estrutura democrático-parlamentar e ir de encontro a ela tem um custo político alto, pois significa perder apoio nas políticas que defendem, como também o fracasso na tentativa de reeleição a cargos públicos. Por conseguinte, cria-se um bloqueio político que costuma ser insuperável se não houver intervenção judicial, disse o relator e não há dúvidas sobre isso.

Ou seja, o sistema prisional não cria vontade política, não há luta pela liberação de recursos para a causa, não possui apelo democrático nem debate parlamentar e, ainda, tem rejeição popular, o que faz o sistema enfrentar o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo”.

O Judiciário, por sua vez, cumprindo seu papel contramajoritário, não pode se deixar impressionar pela opinião pública, se necessária a observância da Constituição em face dela, ao mesmo tempo em que não pode perder a confiança popular a respeito das decisões que produz, para evitar, como o ministro pontua, iniciativas de “justiça com as próprias mãos”. Faz-se necessário rejeitar o populismo judicial, ainda mais quando a questão em discussão trata-se de liberdade e dignidade dos indivíduos e violação de previsões legais.

Portanto, para buscar soluções para a tragédia diária dos presídios brasileiros, num cenário de bloqueios políticos insuperáveis, falta de representação, “pontos cegos políticos”, temores de custos políticos, políticas públicas ineficientes frente a um grupo social minoritário, impopular, estigmatizado e marginalizado, a intervenção do STF, na medida correta e suficiente, não poderia ser questionada do ponto de vista democrático. Até porque há previsão constitucional para isso, a exemplo do art. 5º, inciso XXXV da Constituição, que prevê a inafastabilidade jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a lesão de direitos.

Há de se atentar que se trata da própria atuação estatal que está deficiente como gerador e agravante do quadro sistêmico de transgressão de direitos fundamentais. Portanto, do ponto de vista das objeções quanto à separação de Poderes, a intervenção do STF é chamada ante a incapacidade geral das instituições legislativas e administrativas de atuação, isto é, se os outros Poderes vêm demonstrando incapacidade para o desenvolvimento de suas funções, não pode ser considerada afrontosa uma intervenção judicial equilibrada para superar os bloqueios

e alcançar as soluções necessárias. Lembrando que não se trata do Supremo substituir-se ao Legislativo e Executivo, mas é apenas uma atuação em diálogo entre os três Poderes e a sociedade.

O ministro Marco Aurélio considerou que cabe ao STF catalisar ações e políticas públicas, coordenar os órgãos administrativos estatais na formulação e implementação dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções, não lhe incumbindo a definição do conteúdo dessas políticas. Ou seja, o STF teria de oferecer incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis a atuação de cada Poder, deixando-lhes estabelecer os detalhes.

O Supremo deveria interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, na implementação e avaliação de políticas públicas, porém, sem estabelecer as minúcias. O Tribunal, portanto, formularia *ordens flexíveis*, com espaço para criação legislativa e para execução pelos outros Poderes, colocando a máquina estatal em movimento, competindo-lhe monitorar a harmonia dessas ações, por meio da observância da decisão e dos indicativos de sucesso dos meios escolhidos. Trata-se de um “coordenador institucional” com “efeito desbloqueador”, segundo a doutrina colombiana.

Assim, com a decretação do estado de coisas inconstitucional, será promovida a integração institucional, marco de um constitucionalismo cooperativo, com o intuito de assegurar a efetividade prática das soluções propostas, onde serão emanadas ordens flexíveis sob monitoramento, prevenindo, assim, a supremacia judicial. Importante que, com essas ordens, o Tribunal além de retirar as autoridades públicas do estado de letargia, como apontou o ministro, irá também incitar a deliberação política e social sobre a questão penitenciária, dando visibilidade ao tema.

2.3 Reflexões sobre os modelos adotados

Tendo em vista os dados e a situação alarmantes do sistema prisional como um todo, a ministra Cármen Lúcia, na sua fundamentação, atentou à necessidade de um diálogo com a sociedade sobre o tema.

Há, no Brasil, segundo dados de junho de 2018, 1.456 unidades prisionais, sendo que apenas 5 são federais⁴⁶. Ou seja, os Estados são encarregados dos presos que deveriam ser de responsabilidade da União, já que num total de mais de seiscentos mil presos, apenas 358 estão no sistema penitenciário federal, devido regime especial de periculosidade *versus* vigilância, conforme último relatório emitido pelo Departamento Penitenciário Nacional⁴⁷.

Portanto, os Estados têm suas obrigações de guarda e estão descumprindo, mas também a União tem e não as cumpre. Claro que a necessidade de poucos presos em presídios federais é devido ao nível de segurança que precisa ser mantido para evitar a prática de muitos outros crimes, tendo em vista a excepcionalidade do Sistema, do perfil de alta periculosidade e alta capacidade de articulação dos ali reclusos, tratando-se do isolamento de lideranças criminosas, de acordo com o Decreto nº 6.877/2009. Porém, é preciso desabarrotar o sistema estadual, pois só o fato de o déficit ser de 354 mil vagas⁴⁸, já mostra o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário.

Sim, é necessário um descontingenciamento, contudo, não apenas para construir mais presídios, mas sim para administrar e para mudar o modelo já existente. É imprescindível não só a dignidade da pessoa humana, como também o existir digno, pois qualquer que seja a condição daquele que existe, há que ser com dignidade. Essa luta tem de ser travada pelo Estado e também pela comunidade, uma vez que se trata de segurança pública e, conforme o art. 144 da CF, segurança pública é dever do Estado e de toda a sociedade.

O problema é que, quando superado o embaraço criado pelo Estado, essa matéria se depara com a má vontade da sociedade. A ministra trouxe, a título de exemplo, a tentativa de implantar as APACs (Associação de Proteção e Assistência

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Projeto Sistema Prisional em números**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Cidadania nos presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 17 set. 2018.

aos Condenados), que começou em Minas Gerais, há 30 anos, pela Igreja, mas que tem sofrido grande resistência pela sociedade e que não foi possível implantá-la em outras comunidades, porque as pessoas não querem.

Fazendo um adendo, a ministra transcreveu palavras de um preso numa visita que ela fez, como professora, a um presídio, que disse a ela: “essa história de ressocialização é para professor”. E continuou: “Se me tiram de uma sociedade e me põem lá dentro [cárcere], é claro que eu vou me socializar com quem estiver lá, com outro criminoso” e “Eu estou aqui socializado. Só mudei o grupo com quem eu andava. Eu não vivo isolado”. Portanto, é preciso mudar o modelo, já que não se tira um indivíduo da comunidade para ressocializá-lo, é preciso inseri-lo num novo modo de vida com trabalho e dignidade.

Outra experiência trazida pela ministra foi a PPP (Parceria Público-Privada) para penitenciária, também em Minas Gerais. Apesar de muitos problemas, essa penitenciária é completamente diferente das demais penitenciárias estaduais, pois cumpre, pelo menos, os pontos fundamentais da Constituição.

Nessa PPP no Estado de Minas, começou a ter um centro de referência para presas grávidas. O dilema é que a mulher grávida fica nesse estabelecimento com, pelo menos, condições mínimas de cumprimento da Constituição, porém, depois, quando volta para o sistema tradicional, sofre uma desagregação psicológica, já que, além de se separar do recém-nascido, volta para um estado de coisas inconstitucional, sem estrutura mínima de respeito à existência digna.

Por isso, é urgente a necessidade de fazer uma grande revolução, porque o sistema penitenciário atual está falido. É preciso repensar num modelo que seja capaz de cumprir minimamente os preceitos da Constituição. A ADPF em questão trata-se de uma medida para tentar superar de imediato a situação, porém, é preciso uma grande transformação para dar cumprimento à lei, tendo em vista que há novos modelos a serem implantados.

Por fim, a Ministra destaca que é um problema sim do Judiciário, porque manda prender, manda soltar, tem obrigação de fiscalizar, assim como representa o

Estado, que detém a guarda dos presos. São necessárias transformações, já que não existem milagres nessa área, pois, tal como afirma “eu não faço milagre, faço Direito”.

2.4 Das Medidas Cautelares

Conforme art. 5º da lei nº 9.882/99, o quórum para a concessão de medidas cautelares é de maioria absoluta, assim como para o reconhecimento do descumprimento de preceito fundamental. Por outro lado, para a instalação da sessão de julgamento faz-se necessário um quórum maior, de dois terços dos Ministros, de acordo com o art. 8º da referida lei⁴⁹.

Dessa forma, os ministros do Supremo Tribunal Federal acolheram, por maioria absoluta, a cautelar da alínea “b”, que determina aos juízes e tribunais que realizem, observado o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, audiências de custódia, de modo que o preso em flagrante seja apresentado a uma autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, do momento da prisão. Os ministros entenderam que a medida, estendida ao Poder Judiciário de todo o país, iria reduzir, desde logo, a superlotação carcerária, como também iria diminuir consideravelmente os gastos com custódia cautelar, que tem a média nacional de custo de R\$2.400,00 por mês, por preso, a depender da estrutura, do sistema de segurança, contratação de agentes penitenciários, serviços com enxoval, alimentação e assistências, dentre outros gastos⁵⁰.

Além do deferimento da medida, foi acolhida a ressalva feita pela ministra Rosa Weber no sentido de a implementação das audiências de custódia seguirem os prazos fixados pelo CNJ, ao invés de simplesmente deixar a regulamentação dos prazos para as audiências a cargo do órgão, vencidos os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Desde a regulamentação do funcionamento das audiências de custódia em todo país, feita pelo Conselho Nacional de Justiça, em 15 de dezembro de 2015,

⁴⁹BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358.

⁵⁰SOUZA. Isabela. **Quanto custa um preso no Brasil**. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/quanto-custa-presno-no-brasil/>>. Acesso em: 18 set. 2018.

aprovada por unanimidade, o projeto teve repercussão positiva, em geral na população, mas, principalmente, entre aqueles que trabalham em prol da melhoria do sistema de Justiça criminal⁵¹.

A resolução entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2016 e os tribunais teriam 90 dias, a partir de então, para implantar as audiências em todo país de forma uniformizada, com procedimentos aprimorados pelas experiências em alguns Estados. Para o sucesso da medida, o CNJ fez acordos de cooperação firmados entre este e os órgãos do Judiciário e do Executivo por todo país. Dessa forma, o CNJ está cumprindo duas decisões do STF, uma na referida Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e, a outra, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240⁵².

A título de exemplo, no dia 15 de setembro de 2016, os conselheiros Arthur Corrêa e Aldovandro Fragoso Modesto, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, visitaram as instalações de audiência de custódia em Cuiabá, Mato Grosso, as quais foram elogiadas, e receberam relatório do projeto que aponta a realização de cerca de 3,3 mil audiências de custódia, em pouco mais de quatorze meses, e um custo evitado para o Estado de cerca de R\$ 6 milhões por mês, com prisões desnecessárias⁵³.

Já na Justiça do Tocantins, o Grupo de Monitoramento e Fiscalização Carcerária reuniu-se no dia 31 de agosto de 2016 e acordaram, com o Poder Executivo, a ampliação do uso de tornozeleiras eletrônicas nas Varas Criminais, que poderão ser usadas tanto na fase de execução da pena, quanto para presos provisórios⁵⁴.

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Regulamentação das audiências de custódia tem repercussão positiva.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81248-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia-tem-repercussao-positiva>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

⁵²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Mato Grosso economiza R\$ 6 milhões por mês com audiências de custódia.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83508-mato-grosso-economiza-r-6-milhoes-por-mes-com-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Acordo entre Judiciário e Executivo amplia uso de tornozeleiras em TO.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83367-acordo-entre-judiciario-e-executivo-amplia-uso-de-tornozeleiras-em-to>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

O que se percebe, portanto, a partir da decisão do STF na ADPF 347, é que o CNJ, em cooperação com o Poder Judiciário e Poder Executivo, vem implantando e aprimorando a experiência das audiências de custódia em todo país, o que tem resultado em economia aos cofres públicos considerável, além de uma mudança de postura dos próprios juízes e tribunais, no sentido de investir e pensar em penas alternativas à prisão.

O deferimento da alínea “h”, por maioria, determina a imediata liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e a proibição para a União de realizar novos contingenciamentos. Dessa forma, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que achavam por bem dar um prazo de 60 dias para que a União pudesse se adequar a essa determinação.

O Departamento Penitenciário Nacional, em seus relatórios, narra que a maior parte dos recursos do FUNPEN é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada, traduzindo em valores, mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados, em 2013. Esses valores não utilizados deixam de custear reformas em presídios, construção de novos estabelecimentos prisionais e também projetos de ressocialização, o que é duvidosa a possibilidade de limitar esses recursos, como dispõe o art. 9º, §2º da Lei Complementar nº 101, de 2000.

A violação da dignidade humana e do mínimo existencial é razão autorizativa para a judicialização do orçamento, ainda mais quando os recursos legalmente previstos para superar o quadro estão sendo contingenciados, sistematicamente, com o objetivo de alcançar metas fiscais.

O FUNPEN trata de recursos de destinação legal específica, não podendo ser utilizado para satisfazer exigências de contingenciamento. Com isso, o STF determina à União que libere, desde logo, o saldo acumulado do FUNPEN na finalidade ao qual foi criado, proibindo novos contingenciamentos.

Em março de 2016, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) emitiu relatório da gestão no exercício de 2015 no sentido de prestar contas sobre o FUNPEN aos órgãos de controle interno, externo e à sociedade. Em conformidade a esta decisão do STF na ADPF 347, o relatório cita a execução do Programa 2070

(Segurança Pública com Cidadania), com o objetivo de geração de vagas, aprimoramento tecnológico dos estabelecimentos penais, tratamento penitenciário adequado e digno ao apenado, internado e egresso do sistema com a sua posterior reintegração à sociedade⁵⁵.

O relatório informa, também, a respeito de ações conjuntas do Ministério da Saúde e do Aparentamento de Unidades Básicas de Saúde no sistema prisional dos Estados. Graças aos recursos repassados pelo FUNPEN, permitiram que fossem implementados 29 Centros de Referência Materno-Infantil, voltados ao atendimento das mulheres privadas de liberdade e de seus filhos, e de 18 Unidades Básicas de Saúde, além de a ação de aparelhamento formalizar, em 2015, novos convênios que resultarão em 632 novas Unidades Básicas de Saúde⁵⁶.

Percebe-se, dessa forma, que o sistema penitenciário como um todo está tentando implementar uma nova política criminal e penitenciária, por meio de inspeções e avaliações periódicas, para verificar a execução de planos nacionais e a utilização de recursos repassados pelo FUNPEN. Destaca-se, ainda, que no Portal da Transparência, sob o código 30907, o cidadão pode ter acesso às despesas, receitas e convênios realizados com verbas do FUNPEN⁵⁷.

Quanto ao indeferimento, por maioria absoluta, das alíneas “a”, “c”, “d” e “e”, e por unanimidade, da alínea a “f”, pontua a ministra Rosa Weber que o pedido em “a” deve ser indeferido, já que motivar expressamente a impossibilidade de aplicação de penas alternativas à prisão já está, explícita ou implicitamente, previsto do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o art. 93, IX, da CF, como também os arts. 282, §6º e 319, do CPP. Por isso, torna inócuo o deferimento da medida cautelar. O risco de se reiterar essa determinação legislativa em decisão judicial em ação

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016.

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016.

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016.

abstrata, segundo o Ministro Roberto Barroso, é de caber Reclamação de toda e qualquer decisão judicial que condene à prisão, pelo argumento de que a motivação não foi satisfatória.

Continua a justificativa de indeferimento, a ministra Rosa Weber, quanto aos pedidos “c”, “d”, “e” e “f”, também por considerar inócuo seu deferimento, uma vez que, pela legislação em vigor, a pena privativa de liberdade já é considerada exceção e requer fundamentação para sua decretação. Além disso, não considera adequada a imposição de regime de execução penal não previsto em lei, como o caso de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios, tendo em vista que a legislação penal já prevê a forma de progressão de regime, livramento condicional, suspensão condicional da pena e etc.

Apesar de vencido pela maioria, o ministro Luiz Fux considera, quanto às decisões de ministros que indeferiram alguns pedidos cautelares, por já estarem previsto em lei e por considerar inócua a determinação judicial, ser justamente para isso servir uma ADPF. Uma ADPF pressupõe um preceito na Constituição que não é cumprido, por isso do cabimento desta. Como, também, se uma lei obriga o juiz a motivar suas decisões e ele não o faz, daí nasce um estado de coisas inconstitucional.

Então, o ministro pondera que várias violações elencadas na ADPF 347 são repetidas todos os dias, violando leis e a Constituição, como prisões sem fundamentação ou mal decretadas, e por isso mesmo do cabimento da ação. O fato de já haver uma lei prevendo o que se pedia em sede cautelar não esvazia o conteúdo da ação, mas justamente tem o efeito de reconhecer o estado de coisas inconstitucional.

Ressalta-se que, quando do julgamento do mérito, haverá uma comunicação às autoridades públicas competentes responsáveis pelas violações massivas de direitos fundamentais, as quais receberão as instruções de como interpretar e aplicar o preceito fundamental. Essa decisão tem efeito vinculante e eficácia erga omnes, atingindo, dessa forma, os demais órgãos públicos, com base no art. 10, *caput* e §3º, da lei nº 9.882/99, tendo um alcance estrutural, como deve ser nesse caso de

decretação de um estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário como um todo⁵⁸.

⁵⁸ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

3 OS PATAMARES DA DECISÃO DO SUPREMO: RISCOS E PERIGOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO CASO BRASILEIRO

No terceiro capítulo serão abordadas as críticas que foram formuladas durante o julgamento das medidas cautelares da ADPF 347, quanto à decretação do ECI pelo Supremo e, conseqüentemente, a defesa de sua legitimidade para tal tarefa.

As principais objeções feitas foram a respeito da ilegitimidade do STF para a declaração do ECI e da falta de efetividade que a medida supostamente teria, assim como o instituto se mostraria como uma ameaça aos princípios democrático e da separação de poderes.

3.1 As críticas relativas à decretação do Estado de Coisas Inconstitucional

O professor Carlos Alexandre considera que o ECI coloca riscos à democracia e à separação de Poderes. Pensa que quanto mais poder se coloca às Cortes constitucionais, mais ameaçados estão os sistemas democrático e de separação dos Poderes. A questão não seria afastar essa função da Corte, mas fixar parâmetros para que esse exercício de poder seja racional e seja utilizado em casos realmente extremos e realmente necessários⁵⁹.

O primeiro risco apontado pelo professor seria o da ubiqüidade, se juízes passassem a decretar ECI a todo o momento, quando quisessem. Várias questões como de saúde, educação, transporte podem ser levados a julgamento, porém, não pode a Corte decretar ECI a todo caso. O ECI é uma ferramenta que deve ser utilizada de forma bastante restrita, muito excepcional, levando em consideração com rigor os três pressupostos apresentados pelo professor⁶⁰.

No caso da saúde, como exemplo, não há bloqueio político para tratar do assunto. Políticas públicas para melhorar o quadro da saúde no país é pauta de todo e qualquer político. Além de que sempre estão tentando implantar meios para melhorar o sistema no país. Sim, existem falhas na implementação das políticas, como

⁵⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 291.

⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 293.

também falhas institucionais, porém, há vocação política para a superação e as pessoas que precisam de saúde não são invisíveis aos Poderes Públicos, muito pelo contrário.

Portanto, o risco da ubiqüidade só existe se não for levado com rigor os pressupostos para decretar o ECI.

O segundo risco apontado é o do subjetivismo decisório, inerente à interpretação constitucional. Esse risco pode ser evitado por meio do rigor na observância dos pressupostos do ECI, como também por meio das chamadas Ordens Estruturais Flexíveis⁶¹.

A Corte tem que evitar, ao máximo, formalizar ou formular por si só as políticas públicas necessárias. Ela tem que afirmar o quadro de inconstitucionalidade, os parâmetros próprios para a superação desse quadro, mas tem que deixar pros outros Poderes as decisões políticas (Poderes Executivo e Legislativo) e técnicas (órgãos da Administração Pública). Dessa forma, não há que se falar em arbítrio judicial, mas sim de diálogo institucional, respeito à democracia e à separação dos poderes.

Assim, quando a Corte deixa para os outros Poderes as decisões fundamentais em relação às políticas públicas, sem as ordens detalhadas, não há que se falar em subjetivismo decisório.

O terceiro risco apresentado é o da violação à democracia. Em relação à democracia representativa, essas pessoas que sofrem essas violações não têm representação política. Os presos não têm direito a voto, não podem ser votados e são pessoas marginalizadas e socialmente invisíveis, portanto, politicamente ignoradas. Por isso, supor representação política a essas pessoas é absolutamente irreal. Com isso, não há violação à democracia representativa em assegurar direitos de pessoas que não possuem representação política⁶².

⁶¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 298.

⁶² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301.

Em relação à democracia deliberativa, ou seja, à inclusão de pessoas a um debate sobre as decisões fundamentais do país, a declaração de ECI seguida de ordens estruturais flexíveis e sob monitoramento podem ajudar a superar bloqueios deliberativos, já que a sociedade é chamada para participar das audiências públicas que se seguem para discutir e deliberar sobre esses temas ignorados. Assim, teremos o reforço da democracia deliberativa⁶³.

O quarto risco apontado pelo professor seria o da violação à separação de poderes. A crítica que cerca o tema se dá no sentido de obstar que as Cortes interferiram em ações que seriam próprias dos outros Poderes. Isso parte de uma concepção estática da separação de Poderes, qual seja do Judiciário não poder interferir em políticas públicas⁶⁴.

O grande fundamento para essa concepção é evitar a concentração de Poder, justamente para proteger os direitos fundamentais. Ora, pensar em omissões reiteradas de outros Poderes não poder sofrer qualquer interferência do Judiciário, é afirmar a absoluta concentração de Poder, pois é a concentração do “poder dizer”, do “poder não dizer” e, quando não disser, ser imune.

Ou seja, defender que omissões dos outros Poderes não podem ser controladas pelo Poder Judiciário, é ir contra a separação de poderes, já que é fomentar a concentração absoluta de Poder nos demais poderes, violando o próprio fundamento liberal que está na origem dessa concepção tradicional de separação de Poderes. Portanto, mesmo dentro da concepção tradicional, há um erro nas críticas elaboradas⁶⁵.

Dentro de uma concepção mais contemporânea de separação de Poderes, que fala de separação não de Poderes estanques, mas como Poderes que se comunicam, que dialogam e que compartilham autoridade em nome de um objetivo único, qual seja a garantia dos direitos fundamentais. A separação de poderes é instrumental em relação à realização de direitos fundamentais e, por conseguinte,

⁶³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 302.

⁶⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 306.

⁶⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 308.

permitir a perpetuação de violação de direitos fundamentais em nome de uma separação rígida e dogmática de separação de Poderes é negar a vigência da própria Constituição.

Então, a ideia de separação de Poderes hoje não se trata de mistura de atribuições, mas sim de compartilhamento de autoridades e de poderes decisórios a fim de superação de quadros de violação de direitos fundamentais. Isto é, uma ideia mais dinâmica e dialógica, de forma a buscar realizar a Constituição, cada Poder com suas ferramentas próprias, mas que não signifique que há áreas imunes à atuação de um e outro⁶⁶.

Logo, não há violação à separação de poderes dentro de um esquema de afirmação de violação absurda de direitos fundamentais, em que o Poder Judiciário intervém, mas não de forma direta, formulando as próprias políticas públicas, mas tirando os outros Poderes da inércia, sendo catalisador dessas políticas públicas.

Outro ponto suscitado pelos críticos é quanto aos riscos de decisões da espécie serem simplesmente ignoradas ou desobedecidas pelos outros Poderes. E esse risco existe e será cada vez maior quanto mais intrusivas forem as ordens do Judiciário⁶⁷.

Se o STF realmente decidir, no caso da ADPF 347, formular por si só as políticas públicas haverá um risco de desobediência. Porém, se tomar ordens flexíveis e sob monitoramento, deixando aos demais Poderes a formulação de políticas públicas, há uma redução desse risco, contando, obviamente, com a boa vontade. Contudo, essa “boa vontade” pode também ser monitorada pela sociedade civil que, uma vez chamada para participar desse debate, tem de cobrar dos Poderes a superação desse ECI. Ou seja, a sociedade deve exigir junto aos Poderes o cumprimento das medidas determinadas, de modo a caracterizar esse diálogo com um caráter estratégico e coordenado⁶⁸.

⁶⁶BONAVIDES, 2004 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁶⁷CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 311.

⁶⁸FISHER, 1988 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

3.2 O julgado brasileiro

Diante da exposição dos riscos e perigos do ECI no Brasil, faz-se necessária a análise do instituto com os seus devidos desdobramentos, a fim de perceber quais foram os efeitos concretos da ADPF 347 até o momento no cenário político e social.

Atualmente, a contribuição advinda do julgamento da ADPF/347 foi a corroboração da determinação da Audiência de Custódia, de observância obrigatória, em que os tribunais devem realizá-la no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com o comparecimento do preso perante uma autoridade judiciária, conforme acórdão proferido pelo Tribunal Pleno, em sede de Medida Cautelar da referida ADPF, publicado em 19 de fevereiro de 2016, DJe-031⁶⁹.

A outra contribuição, até o momento, se deu em relação à imposição para que o repasse dos recursos do FUNPEN, de fato, seja feito. Em 22 de junho de 2017, o Ministro Marco Aurélio, mediante petição eletrônica, determinou o imediato descontingenciamento de recursos ao Estado da Bahia, uma vez que o Estado demonstrou que implementou todos os requisitos previstos na Medida Provisória nº 755/2016 (substituída pela MP nº 781/2017), criando também o Fundo Penitenciário Estadual, e pedia, assim, que fosse feita a imediata transferência dos valores da sua quota parte do Fundo Penitenciário Nacional. Dessa forma, o Poder Judiciário, por meio de decisão monocrática do Ministro, analisou as condicionantes legais, deferiu o pedido e impôs à União o regular repasse do valor referente ao Estado da Bahia⁷⁰.

Em situação idêntica, peticionou o Estado do Ceará, que também o Ministro Marco Aurélio determinou à União a imediata liberação dos recursos do FUNPEN relativos ao Estado, em decisão no dia 16 de agosto de 2017, publicada no dia 24 do referido mês. De modo que, 98 dias depois dessa determinação, a União, sob fundamento de estar em exame a documentação, se manteve inerte. Com isso, o Ministro relator, em 22 de novembro de 2017, oficiou para que a União, com urgência,

⁶⁹ MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347**. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de junho de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312067308&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

liberasse a verba do FUNPEN relativa ao Estado-membro. O Judiciário, assim, tentando dar força coercitiva à decisão proferida ao Governo⁷¹.

Pois bem. O que se observa é que, dos oito pedidos cautelares feitos na petição inicial, apenas dois foram deferidos, de forma que, quanto ao descontingenciamento do FUNPEN, já havia previsão legal. Quanto às audiências de custódia, da mesma forma, já havia previsão do art. 7º da Convenção Americana dos Direitos Humanos⁷².

Dessa forma, tivemos uma grande vantagem em ter reconhecido, como excepcionalidade, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. No entanto, sem muitos efeitos práticos, por enquanto, de forma que não houve imposição aos Poderes Públicos de planos de ação, tampouco obrigação de observância aos juízes na aplicação da pena ou mudanças na execução penal. É preciso, então, o julgamento do mérito para se esperar mais mudanças.

Com esse objetivo de mudar, a Procuradoria-Geral da República, no processo, noticia a intensificação de rebeliões e massacres em prisões do país, em especial no Norte e Nordeste. Como também, noticia o aumento contínuo da população carcerária, conforme relatório recente do INFOPEN, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional. Pedindo, assim, para tornar urgente o julgamento do mérito da ADPF. O Ministro Marco Aurélio, em despacho de 1º de agosto de 2018, requer, então, a intimação da PGR e que, em seguida, seja incluída em pauta a ADPF 347 para julgamento definitivo, como última movimentação do processo até o momento.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312518754&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁷² MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347**. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em: 17 set. 2018.

3.3 Implicações do Ativismo Judicial Estrutural

O Supremo Tribunal Federal vem se inclinando para que toda e qualquer matéria tenha implicância constitucional e, assim, se legitima para interferir nas escolhas políticas dos Poderes do governo, no chamado Ativismo Judicial Estrutural⁷³.

No entanto, agindo assim, o STF acaba por cometer excessos em suas decisões quando atua nas searas que não domina, faltando com interesse por assuntos alheios. A exemplo, temos decisões em matéria tributária, em que o Supremo deu interpretações mais tradicionais às regras tributárias, não dando espaço ao legislador ordinário alinhar o sistema de contribuição com estruturas mais modernas dos princípios tributários. Como também, na esfera previdenciária, quando o Supremo julgou inconstitucional a contribuição previdenciária sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos, por não considerá-las “salário”, que seria tributável, de acordo com a Constituição, a partir de uma interpretação literal e conservadora. Porém, dessa forma, deixou de permitir que o legislador ordinário se utilizasse de princípios do sistema tributário, deixando que empresários ficassem de fora da contribuição⁷⁴.

Na esfera do Poder Executivo, com a ADI-MC 4.048/DF, houve avanços no controle de constitucionalidade do orçamento público, quando entendeu que toda lei está sujeita ao controle concentrado e abstrato, especificando a norma orçamentária, acabando com a imunidade da lei orçamentária. Assim como avançou no controle sobre os requisitos constitucionais (urgência e relevância) das medidas provisórias, quando considerou inconstitucional a abertura de créditos extraordinários da União, por considerar não estarem presentes o requisito de urgência, adentrando na discricionariedade da Administração Pública.

Como se vê, temos uma evolução do ativismo judicial do que antes se tratava de esfera política. E, ainda, evolução de forma prejudicial, quando impediu uma interpretação ou atuação mais moderna daquele que teria o *know-how* adquirido pela experiência de assuntos específicos da Administração Pública. Faltou, muitas vezes,

⁷³CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 721.

⁷⁴CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 723.

ao Supremo, ceder aos demais Poderes o julgamento da causa em concreto, por não reconhecer que aquele Poder possui o conhecimento prático e mais oportuno que o Judiciário.

Quanto ao ativismo a favor dos direitos fundamentais, o Judiciário tem se mostrado atuante ao cobrar a concretização desses direitos em face do Estado. Decisões sobre união homoafetiva, direito de aborto de fetos anencéfalos, entre outras várias decisões, tem cobrado do Estado atuação sobre os direitos fundamentais, de forma que se deve balizar o que é interpretação da norma constitucional, o que é controle de excesso de poder pelo Estado e o que é excesso de atuação nesse avanço do papel sociopolítico do Supremo Tribunal Federal⁷⁵.

Nessa dimensão positiva ou prestacional, de exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos quanto à tutela dos direitos fundamentais, o STF tem imposto, aqui especificamente ao assunto proposto por esse trabalho, a formulação de políticas públicas a fim de concretizar os direitos sociais. Portanto, quando o Supremo tem interferido nas decisões políticas, e até substituído essas decisões, ao julgar serem insuficientes para salvaguarda dos direitos fundamentais, isto é, o STF tem sido ativista quando do exame da eficácia e adequação das medidas tomadas pelo Governo⁷⁶.

Nesse aspecto, o Poder Judiciário tem se mostrado muito mais eficiente na proposta de cobrar e tornar efetivo o papel do Estado na proteção de direitos por meio das políticas públicas. Uma vez que o Supremo se considera sempre legitimado para cobrar os objetivos constitucionais, buscando a inclusão social e a vida digna, principalmente diante de omissão institucional⁷⁷.

Para ser possível ter uma prospecção do que pode ocorrer com o ativismo judicial na ADPF 347, no campo penitenciário, bom se faz analisar qual o resultado

⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 735.

⁷⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 746.

⁷⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 132.

desse ativismo estrutural nos campos da saúde e da educação, que são os que mais o Judiciário tem se imposto.

Na esfera da educação, o Supremo confirmou decisões no sentido de disponibilizar vagas na escola para crianças carentes, no ensino fundamental e na educação infantil⁷⁸, bem como disponibilizar professores, quando em falta. Então, por considerar uma previsão constitucional prover a educação básica como direito fundamental, o Judiciário se viu na prerrogativa de corrigir as omissões dos outros Poderes, ainda que se trate de políticas públicas.

Ao julgar a ADPF 45/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi proferida a decisão, conforme Informativo/STF nº 345/2004, que entendeu pela viabilidade instrumental da ADPF no processo de concretização das liberdades positivas e pela legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, na hipótese de abusividade governamental, de forma a dar dimensão política à jurisdição constitucional atribuída ao STF, uma vez que é imponível o arbítrio estatal à efetivação dos direitos constitucionais de segunda geração, a fim da preservação da integridade e intangibilidade dos indivíduos⁷⁹.

Diante da jurisprudência que se formou no STF, o Estado de São Paulo ingressou com uma pretensão recursal alegando a cláusula da reserva do possível e deficiência de caixa, refutada pelo Ministro Marco Aurélio, no RE 431.773/SP, no sentido de não ser cabível escusas contra direito constitucional líquido e certo, e que o Estado deve se adequar para atendê-lo, como também que se trata de prioridade absoluta os direitos da criança e do adolescente em face da discricionariedade administrativa (RT 749/82-103). Dessa forma, o impôs ao Estado de São Paulo o dever de viabilizar a vaga na educação infantil às crianças, sob pena de multa diária por criança não atendida, como consta no informativo STF nº 632⁸⁰.

⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 133.

⁷⁹ MIRANDA, Rafael de Souza. **O direito à creche e o dever do Estado**. Disponível em: <<https://rafaeldesouzamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/111671296/o-direito-a-creche-e-o-dever-do-estado>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁸⁰ MIRANDA, Rafael de Souza. **O direito à creche e o dever do Estado**. Disponível em: <<https://rafaeldesouzamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/111671296/o-direito-a-creche-e-o-dever-do-estado>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Enquanto na área da saúde, julgada de “judicialização excessiva”⁸¹, o Supremo e Tribunais proferiram decisões no sentido de que fossem fornecidos medicamentos gratuitamente, assim como tratamentos urgentes com verbas públicas⁸², fundado no conceito do “mínimo existencial”. Decisões também determinando a distribuição de medicamentos para o tratamento da Aids, gratuitamente, como já determinou o dever de disponibilizar internação na UTI, ainda que o hospital não tenha convênio com o SUS⁸³.

Dessa forma, a Corte tem interferido na discricionariedade da Administração Pública, como no caso da determinação de distribuição gratuita para o tratamento do vírus HIV, que culminou em políticas públicas para o tratamento da doença. No entanto, essa interferência em diferentes níveis de governo, na sua esfera administrativa e financeira, tem consequências práticas, tem demonstrado impacto nas contas públicas, o que requer a fixação de limites empíricos e normativos na intervenção judicial⁸⁴.

O que se observa, nesses casos, é que o Supremo, de fato, retira da inércia os Poderes Públicos, resolve o caso concreto, porém gera impactos nas contas públicas, de forma que os problemas práticos vão continuar a existir e o ativismo judicial, na maior parte acerta, porém, em outros casos atua em excesso⁸⁵. Tendo em vista esse cenário, é preciso buscar um equilíbrio na atuação judicial, até mesmo para garantir o poder coercitivo do Poder Judiciário, e que essa atuação se dê de forma racionalizada e proporcional.

⁸¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 137.

⁸² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 138.

⁸³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 141.

⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 144.

⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 146.

CONCLUSÃO

Diante da crescente participação sociopolítica do Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, a Corte tem se posicionado a respeito dos interesses mais importantes do país, de forma a ascender o Ativismo Judicial para preencher lacunas normativas e administrativas, deixadas pelos outros Poderes.

Áreas antes reservadas aos demais Poderes, agora recebe a interferência do Poder Judiciário ativista, que decide de acordo com sua interpretação da Constituição Federal, que se sente à vontade ao adentrar no teor político e administrativo das matérias que julga. O Supremo tem se lançado a respeito de toda e qualquer matéria, sob fundamento de que trazem implicações constitucionais, principalmente na realização de direitos fundamentais. Nesse aspecto, o ativismo judicial se apresenta como forma de exigir do Estado a concretização de deveres (sociais, econômicos, políticos), como também retirando da inércia os Poderes Públicos⁸⁶.

Verificada proteção insuficiente, o Judiciário interfere nas decisões políticas, na formulação e execução de políticas públicas, alocação de recursos, etc., no sentido garantista. Postura essa que se mostra, na maioria das vezes, a única forma de cobrar coercitivamente uma atuação estatal, dada a capacidade de cobrança, por meio de multas e prazos. Dessa forma, o resultado, comumente, é positivo! No caso da exigência aos Municípios para que disponibilizassem vagas no ensino fundamental e na educação infantil para crianças carentes, assim como a distribuição gratuita de medicamentos são exemplos de que deram certo o Ativismo Judicial estrutural, na medida que impôs ao Estado a prestação da educação e saúde, como previsto na ordem constitucional⁸⁷.

Em que pese restar pendente o julgamento do mérito da ADPF nº 347, nota-se o que já foi decidido, com a concessão parcial de dois pedidos cautelares, que gerou impacto na ordem processual, com a ratificação e determinação das audiências de custódia, assim como já é possível se verificar o imediato descontingenciamento

⁸⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 538.

⁸⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 540.

dos recursos do FUNPEN aos Estados, a fim de viabilizar o desenvolvimento de medidas práticas nas prisões estaduais.

De todo modo, ainda é muito pouco o que foi determinado em sede cautelar da referida ADPF, porém, uma importante decisão já foi tomada: foi declarado que o sistema penitenciário brasileiro é um Estado de Coisas Inconstitucional. A partir disso, deve ser raciocinado o que o Supremo se debruçará à frente. O ativismo judicial dialógico da Corte deve se ocupar em pôr, agora, na agenda política brasileira o nosso sistema penitenciário. Com ordens flexíveis, o Judiciário deverá fixar parâmetros aos Poderes Executivo e Legislativo, para que estes, então, determinem as minúcias das medidas. É preciso instigar a participação popular, para cobrar do Governo o progresso das escolhas de meios. Para isso, o Supremo deve designar audiências públicas periódicas, articulando movimentos sociais e associações de defesa do direito dos presos com todas as autoridades públicas envolvidas, como forma de monitoramento⁸⁸.

Há de se provocar efeitos a declaração do ECI, sejam eles instrumentais ou simbólicos, a fim de superar os bloqueios institucionais e mudar a realidade das condições desumanas dos presídios. A realidade será alterada na medida em que for reduzido o aumento progressivo da população carcerária, diminuído o *déficit* de vagas do sistema prisional e melhorado as condições do encarceramento⁸⁹.

Para frear o aumento progressivo da população carcerária, utilizar-se de penas alternativas à prisão e a restrição do uso da prisão provisória, são medidas práticas de fácil alcance aos magistrados. De modo que a legalização de drogas, com sua regulação e controle, já seria medida mais a longo prazo, uma vez que ensejaria amplo debate público e no Legislativo, porém, poderia ser visto como medida de desabarroamento no cárcere. Como também, medidas que pudessem colaborar na reinserção do preso à sociedade. No tocante ao *déficit* de vagas, mutirões carcerários e construção de novos presídios seriam medidas eficazes, assim como a reforma

⁸⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 277.

⁸⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 277.

destes e ações estatais a fim de garantir direitos e assistências básicas ao preso seriam capazes de melhorar as condições do encarceramento⁹⁰.

A Corte estará, assim, deixando espaço decisório próprio ao Governo e coordenando as medidas a serem adotadas, uma vez que levantar a “reserva do possível” ante a um quadro de ECI não é aceitável⁹¹. O Supremo Tribunal Federal se vê com uma responsabilidade enorme, ensejando a dedicação de se proferir uma “macrosentença” para a superação dessa crise penitenciária. “Macrosentença” em virtude de incomum ambição de se tratar com remédios estruturais, e uma dose de jurisdição de monitoramento, um quadro extremamente complexo, que envolve uma imensa massa carcerária, de gravidade absurda de violação de direitos fundamentais, abarcando uma série de atores estatais e sociais⁹².

Portanto, evidencia-se um problema constitucional e social desafiador, que merece medidas novas, sérias e proporcionais ao tamanho do problema enfrentado, a fim de superar esse caótico Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e reinventar a abordagem político-institucional dos Poderes Públicos.

⁹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 277.

⁹¹ TORRES, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁹² RODRÍGUEZ GRAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, 1997 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Lições de direito*. São Paulo: Manole, 2011.

ARIZA, 2013 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selectao.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa**. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/Documentos_Pos/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, 2004 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Acordo entre Judiciário e Executivo amplia uso de tornozeleiras em TO**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83367-acordo-entre-judiciario-e-executivo-amplia-uso-de-tornozeleiras-em-to>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Cidadania nos presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Mato Grosso economiza R\$ 6 milhões por mês com audiências de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83508-mato-grosso-economiza-r-6-milhoes-por-mes-com-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Regulamentação das audiências de custódia tem repercussão positiva**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81248-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia-tem-repercussao-positiva>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Projeto Sistema Prisional em números**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Relatório de Gestão**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/relatorio_de_gestao_contas_2015_depen.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Relatório de reincidência criminal**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de junho de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312067308&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312518754&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CHAYES, 1976 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, 2003 *apud* BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FISHER, 1988 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

HERNÁNDEZ, 2003 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

HIRSCH, 2007 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MILLER, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MIRANDA, Rafael de Souza. **O direito à creche e o dever do Estado**. Disponível em: <<https://rafaeldesouzamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/111671296/o-direito-a-creche-e-o-dever-do-estado>>. Acesso em: 17 set. 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347**. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em: 17 set. 2018.

PULIDO, 2003 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAQUEL CÁRDENAS; GÓMEZ PINTO, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAQUEL CÁRDENAS, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRÍGUEZ GARAVITO, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016

RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RUDENSTINE, 1983 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANCLEMENTE MACHADO; LASPRILLA VILLALOBOS, 2014 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTIS, Bruno Morais Di; ENGBRUCH, Werner. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. *Liberdades*, n. 11, p. 143-160, set./dez. 2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, Clarissa Abrantes. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais,55583.html>>. Acesso em: 02 out. 2018.

SOUZA. Isabela. **Quanto custa um preso no Brasil**. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/quanto-custa-presno-brasil/>>. Acesso em: 18 set. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

TORRES, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.