

ÉRICA BARBOSA TOBIAS DA SILVA

**SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL: análise do acórdão sobre a ADPF 347**

BRASÍLIA

2019

ÉRICA BARBOSA TOBIAS DA SILVA

**SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL: análise do acórdão sobre a ADPF 347**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA

2019

ÉRICA BARBOSA TOBIAS DA SILVA

**SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL: análise do acórdão sobre a ADPF 347**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professor José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA, DE JULHO DE 2019

BANCA EXAMINADORA

Professor (a) Orientador (a)

Professor (a) Examinador (a)

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.
Rudolf von Ihering.

RESUMO

O presente trabalho abordará a crise institucional do sistema penitenciário brasileiro, e tem como base, a declaração do seu “estado de coisas inconstitucional”, na Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. O objetivo geral do trabalho é analisar a declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. E, o objetivo específico é verificar se há legitimidade na atuação do STF na ADPF 347, já que se trata de ativismo judicial. Será demonstrado por meio da metodologia de análise de decisão (MAD), que se trata da prática de ativismo judicial estrutural-dialógico, sem que haja confronto com o princípio da separação dos poderes, e que somente com as transformações estruturais da atuação do Poder Público, será modificado esse estado inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. O estudo da matéria é relevante uma vez que os magistrados ao lidarem com a crise institucional estudada - que é prejudicial para toda a sociedade-, precisam dar uma decisão que seja satisfatória. E, neste sentido, a construção de um diálogo entre os Poderes, portanto, é útil para a efetividade da justiça no caso concreto, tendo como base a Constituição Federal.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário Brasileiro. Estado de Coisas Inconstitucional. Ativismo Judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro.....	07
1.1 A crise no sistema carcerário brasileiro e a ADPF n° 347.....	09
1.2 Dados do MJ/ Infopen e do CNJ que comprovam a crise no sistema prisional brasileiro.....	12
1.3 O julgamento da ADPF n° 347/DF pelo Supremo Tribunal Federal.....	15
2 Princípio da separação dos poderes, Ativismo judicial e Legitimidade do STF no Estado de Coisas Inconstitucional.....	20
2.1 Princípio da separação dos poderes.....	22
2.2 O ativismo judicial estrutural-dialógico.....	25
2.3 Legitimidade do Supremo Tribunal Federal na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.....	32
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	41
ANEXO A	45
ANEXO B	46
ANEXO C	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a crise institucional do sistema penitenciário brasileiro, e tem como base, a declaração do seu “estado de coisas inconstitucional”, na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF.

A situação penitenciária brasileira é calamitosa e precária, resultando assim, em uma serie de violações aos direitos fundamentais dos presos.

E, nesse sentido, a omissão estatal viola claramente os compromissos assumidos pelo Brasil através de Tratados, bem como ao disposto na Constituição Federal, levando o Poder Judiciário a interferir na atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Trata-se de um ativismo judicial, sem que haja confronto entre os poderes.

Em razão disso, é importante trazer à luz o debate sobre estas constantes violações à preceitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, e o reconhecimento, por parte do Judiciário, sobre a situação inconstitucional, dando a devida importância a este tema, uma vez que somente com as transformações estruturais da atuação do Poder Público será modificado esse estado inconstitucional.

O objetivo geral do trabalho é analisar a declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. E, o objetivo específico é verificar se há legitimidade na atuação do STF na ADPF 347, já que se trata de ativismo judicial.

O trabalho foi dividido em dois capítulos.

Em linhas gerais, no primeiro capítulo, serão expostas as principais violações descritas na petição inicial da ADPF n° 347, que denunciam a precariedade do sistema prisional brasileiro, após será analisado o fenômeno do estado de coisas inconstitucional e a sua possível aplicação ao sistema penitenciário brasileiro, bem como as suas consequências.

No segundo capítulo, serão feitos apontamentos doutrinários acerca do princípio da separação dos poderes, proposto por Aristóteles e Montesquieu, e acerca do ativismo judicial (Luís Roberto Barroso, Elival da Silva Ramos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos) e seu possível caráter estrutural-dialógico, para compreender se há legitimidade na atuação do STF na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

1 DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A Corte Constitucional da Colômbia desenvolveu uma técnica decisória para enfrentar e superar as situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais, qual seja, o estado de coisas inconstitucional, exigindo uma atuação coordenada de vários atores sociais. Quando usada essa técnica de decisão, a Corte Constitucional reconhece o estado de coisas inconstitucional e determina que os demais poderes do Estado e entidades estatais tomem providências para superar a violação dos direitos fundamentais.¹

Logo, entende-se, que é uma técnica ou mecanismo jurídico criado e empregado por uma Corte constitucional, reconhecendo e declarando as violações generalizadas dos direitos e garantias fundamentais, cometidas por diversas autoridades públicas e, que, somente com a atuação destas autoridades pode cessar tais violações, nesse sentido, destaca-se:

[...]

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.²

E, para constituir o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte elenca alguns fatores, sendo eles: i) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; iii) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; iv) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades,

¹ GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16, n. 49, jan./jun. 2017. p. 81. Disponível em:

<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>. Acesso em: 30 out. 2018.

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 30 out. 2018.

requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; v) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos.³

A primeira vez em que a Corte Constitucional da Colômbia declarou o estado de coisas inconstitucional, foi na Sentencia de Unificación (SU) n° 559 de 1997, sendo fundamentada no dever institucional de colaboração entre os poderes estatais⁴. Nesse sentido, destaca-se do texto da sentença:

[...]

si el *estado de cosas* que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el *estado de cosas* no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.

Portanto, a Corte constitucional entendeu que se um “estado de coisas” contraria a Constituição Política, deverá haver uma colaboração entre o tribunal e os demais órgãos do Estado, e, sendo guardiã da Constituição, seria um meio legítimo para a corte agir, com o objetivo de reestabelecer a ordem fundamental violada.⁵

E, é nesse sentido, que foi declarado no caso brasileiro o estado de coisas inconstitucional em seu sistema prisional. Interposto através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347, de 2015, pretendeu-se o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, diante do seu estado precário, cenário totalmente incompatível com a Constituição Federal Brasileira, bem como dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, e a Lei de Execução Penal Brasileira.

³CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-025/04*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

1.1 A crise no sistema carcerário brasileiro e a ADPF n° 347

Surgindo como uma nova alternativa para a jurisdição constitucional brasileira, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 27 de maio de 2015, foi requerido o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diante das profundas e generalizadas violações de direitos e garantias fundamentais dos presos, tornando o cenário prisional deficiente.⁶

A situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, demonstram o descaso e a falta de políticas públicas, por parte do poder público (Executivo, Legislativo e Judiciário), ferindo diretamente preceitos fundamentais desta excluída parte da sociedade. O PSOL, na petição, logo de início, descreve o cenário fatídico das prisões no Brasil⁷, senão veja:

2. As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.

A petição traz dados que comprovam tais constatações, e alega que há o conhecimento amplo pelas autoridades públicas e pela sociedade. Em complemento, cita relatórios, pareceres e declarações de autoridades públicas acerca da situação prisional do país⁸.

Nesse sentido, cumpre destacar os trechos utilizados na petição, como: i) o relatório final da CPI do Sistema Carcerário, promovida pela Câmara dos Deputados, de 2008:

⁶ SANTOS, Helena M. P. dos. *et al.* Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, Número Especial, 2015. p. 2604. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁷ ADPF 347/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>

⁸ ADPF 347/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>

[...] Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas;⁹

Bem como, ii) a declaração pública, em 2012, do então Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo que admitiu ser as prisões brasileiras verdadeiras “masmorras medievais”, confessando que preferia até morrer a ser preso numa delas;¹⁰ iii) O ministro Celso de Mello frisou o “descaso, negligência e total indiferença do Estado” em relação à situação extrema das penitenciárias brasileiras, ... A pessoa sentenciada acaba por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, que a nossa ordem jurídica repudia”¹¹. Entre outras citações, por fim, restou claro, estar todos (Estado e sociedade) a par da real situação dos presídios brasileiros.

Ainda, a título de ciência por parte do Estado, sobre a situação real dos presídios brasileiros, faz-se importante a menção acerca dos julgados RE 580.252-RG¹² e RE 592.581-RG¹³, onde foram discutidos o direito de indenização do preso em virtude das condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro, bem como o dever que o Poder Judiciário tem para determinar a realização de obras e reformas dos presídios em situação de emergência, garantindo assim os direitos fundamentais dos presos. Nesses julgamentos, já tinha sido alertado ao Poder Público sobre o estado inconstitucional do sistema¹⁴.

Ademais, mister se faz a citação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que corrobora com a visível desvirtuação da perspectiva de ressocialização do preso no Estado

⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário**, 2009, p. 172. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 3 fev. 2019.

¹⁰ RIBEIRO, Marcelle. Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras. **G1 GLOBO**, nov. 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>. Acesso em: 3 fev. 2019.

¹¹ BALIARDO, Rafael. *et al.* Ministros do STF criticam sistema prisional brasileiro. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 3 fev. 2019.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. **RE 580.252-RG**. Embargos Infringentes, reparação por dano moral, superlotação carcerária [...]. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>. Acesso em: 23 fev. 2019.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. **RE 592.581-RG**. Repercussão Geral, Recurso do MPE contra Acórdão do TJRS [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 23 fev. 2019.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 3 fev. 2019.

brasileiro, “quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação”.¹⁵

Em verdade, o Estado brasileiro tem se mostrado omissivo, mesmo com os alarmantes índices de violações à Constituição, o crescente aumento da massa carcerária e a exposição do país em âmbito internacional, o qual se sabe ter grande importância nas relações com o exterior, principalmente países que aderiram ao compromisso de defesa dos Direitos Humanos.¹⁶

E, assim, fica claro que o que falta ao Poder Público é o interesse político para mudar tal realidade. Nesse tocante, a petição inicial, no item 13, observa que os presos fazem parte de uma parcela impopular na sociedade brasileira, e nem possuem direito ao voto, fator determinante para que o sistema político não tenha interesse nessa área. Observa ainda, “[...] os direitos fundamentais das minorias têm de ser levados a sério. O seu respeito não pode depender de juízos discricionários, de preferências ideológicas ou de cálculos de conveniência política dos governantes de plantão”.¹⁷

Portanto, muito além de juízos discricionários da sociedade e de políticos, está a observância de compromissos assumidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como nos Tratados e Convenções que tratam da dignidade da pessoa humana, compromissos estes que não fazem distinção de classe, raça ou condição, ou seja, os presos, apesar de sua condição de recluso, também são seres humanos e fazem parte do Estado, e como tal, merecem ter seus direitos e garantias respeitados.¹⁸

Em seguida, no item 6 e 8, o PSOL aborda a questão da esfera internacional, isto é, a intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil a cumprir medidas provisórias para solucionar os problemas vividos pelos presos de vários presídios do país. Foram os casos do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, em Recife-PE, da Penitenciária Urso Branco, em Porto Velho-RO, do Complexo do Tatuapé, em São Paulo-SP,

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**, 2011, p. 4-5. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

¹⁶ BRASIL, **ADPF 347/2015**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara-SP, e do Complexo de Pedrinhas, em São Luís-MA.¹⁹

A título de exemplo, cita-se o caso do Complexo de Pedrinhas, em São Luís/MA, que foi imposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de sua Comissão, o cumprimento de medidas cautelares ao Estado brasileiro, em razão das informações recebidas em outubro de 2013, que devido a conflitos entre facções criminosas rivais e motins, ocorridas neste centro penitenciário, neste mesmo ano, entre outros, houveram 40 mortes violentas, bem como dezenas de feridos. Essa informação foi recebida pela Comissão, por parte das organizações Sociedade Maranhense de Direitos Humanos, Ordem dos Advogados do Brasil, Justiça Global e Conectas Direitos Humanos.²⁰No entanto, o Poder Público já tinha conhecimento há muito tempo das graves violações de direitos fundamentais no sistema carcerário de Pedrinhas, e, mesmo assim, foi ignorado.

Por fim, em meio aos problemas relatados, foi que o PSOL chegou a vários pedidos, cautelares e definitivos, que embora, exaustivos, são pedidos que visam alcançar uma solução para essa questão negligenciada há tanto tempo.²¹ E, para uma melhor visão da real situação das prisões brasileiras e o nexos com os pedidos, foram levantados dados, que se verificará a seguir. O inteiro teor dos pedidos encontra-se em anexo.²²

1.2 Dados do MJ/ INFOPEN e do CNJ que comprovam a crise no sistema prisional brasileiro

Como sabido, a realidade do sistema prisional brasileiro é bem complexa, envolvendo números altíssimos de encarcerados por todo o país. Através do INFOPEN (sistema de informações estatísticas do Ministério da Justiça), que é feito o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, reunindo dados sobre a realidade carcerária nacional e transformando-os em relatórios periódicos.

¹⁹ BRASIL, **ADPF 347/2015**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

²¹ BRASIL, **ADPF 347/2015**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

²² Petição Inicial da **ADPF 347/2015**.

Cabe salientar, que os dados aqui expostos referem-se ao período de 2014/ 2015, que foram utilizados para a confecção da petição inicial da ADPF nº 347. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Rede Justiça Criminal, defende a colheita de tais dados, e afirma que, seria através desses dados públicos oficiais, que se deve construir políticas públicas para o setor. “Sem um mapeamento sério do que se passa do lado de lá das grades é impossível problematizar e debater questões centrais”.²³

Adentrando, assim, no que tange aos dados, no levantamento nacional de informações penitenciárias de junho de 2014, com um número altíssimo de encarcerados, uma observação é feita, logo na apresentação, afirmando que o “[...] Relatório do Infopen desafia o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública [...]”.²⁴

Nesse sentido, os dados revelam que no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil chegou a 607.731, com uma taxa de ocupação de 161%. O número de vagas no sistema prisional é de 377 mil, totalizando um déficit de 231.062 vagas. Importante destacar que cerca de 41 % dos presos são sem condenação, isto é, estão presas sem ter sido julgadas. Pessoas sentenciadas ao regime fechado também estão na faixa dos 41%.²⁵

Entre os anos de 1995 a 2010, o Brasil registrou, a segunda maior variação na taxa de aprisionamento, entre os cinquenta países com maior população prisional, com um crescimento na ordem de 136%. Ficando o Brasil em quarto lugar com a maior população carcerária. Entre os anos de 2008 a 2014, o Brasil, dentre os quatro países com maior população prisional do mundo (Estados Unidos, China, Rússia e Brasil), cresceu 33%, enquanto que os outros tiveram suas taxas reduzidas, em 8%, 9% e 24%, respectivamente.²⁶

Ainda em relação ao relatório de 2014, de acordo com a Unidade da Federação há diferença quanto ao número de pessoas presas. Existem cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. O Mato Grosso do Sul tem a sétima maior população prisional do país, em termos proporcionais, é o estado com o maior número de presos: 568,9 para cada cem mil

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Informativo Rede Justiça Criminal. **Os números da Justiça Criminal no Brasil**. N. 8, p. 1-16. Janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em 22 nov. 2018.

²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2018.

²⁵Ibidem.

²⁶Ibidem.

habitantes. O Maranhão, por sua vez, é o estado com o menor número de presos em termos proporcionais, 89 para cada cem mil habitantes. São Paulo, cuja população prisional é a maior em números absolutos, é o segundo da lista, com 497,4 presos para cada cem mil habitantes. O Distrito Federal tem a taxa de 496,8, é a Unidade da Federação com o maior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), e aproxima-se da taxa de São Paulo, figurando como a terceira maior do país.²⁷

Ademais, há ainda problemas estruturais, como, por exemplo, o tempo de existência das penitenciárias do país, existindo 72 presídios com mais de cinquenta anos. Contudo, há também muitas unidades com menos de uma década de existência, e, mesmo assim, as condições são deploráveis. Há os estabelecimentos que não foram feitos para serem estabelecimentos penais, cerca de 36%, que foram adaptados para este fim, os quais deveriam oferecer serviços de saúde, educação e trabalho, porém, apenas 22% oferecem o módulo de saúde, 40% tem o módulo de educação e 17% possuem oficina de trabalho. Já nas unidades que realmente foram construídas para o encarceramento é que são oferecidos em 49% o módulo de saúde, 58% o módulo de educação e 30% tem oficina de trabalho.²⁸

O Conselho Nacional de Justiça, em seu informativo Rede Justiça Criminal, também, analisando o relatório de 2014, do Infopen, destaca a falta de acesso à saúde, e diz que apesar da criação do Sistema Único de Saúde – SUS, que é um sistema universal, não se aplica aos presos. Diz ainda que, “menos de 40% das unidades prisionais contam com módulo de saúde – e, mesmo assim, em qualidade insuficiente”, isto é, não há médicos suficientes nessa já tão escarça área, sendo um número de apenas “[...] 449 clínicos gerais para os mais de 600 mil presos, ou seja, cada médico precisa atender mais de 1.300 pessoas espalhadas pelo Brasil”.²⁹

Apesar de não estar explícito no levantamento de dados do Infopen o caos que se encontra nos presídios brasileiros, os números são claros e descrevem exatamente a que ponto chegou a situação de renitente violação de direitos fundamentais, bem como anuncia que, de

²⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN** – Junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2018.

²⁸ Ibidem.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Informativo Rede Justiça Criminal. **Os números da Justiça Criminal no Brasil**. N. 8, p. 1-16. Janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em 22 nov. 2018.

certo, se não tomada providencias, o quadro se agravaria muito, o que atinge não só os presos, mas a sociedade como um todo.

1.3 O julgamento da ADPF n° 347/DF pelo Supremo Tribunal Federal

Na ação constitucional em que o PSOL requereu o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema prisional brasileiro, seguiu-se a mesma linha da Corte Constitucional Colombiana, postulando, assim, a tomada de ações e à adoção de providências estruturais no tocante as violações a direitos e garantias fundamentais dos presos.³⁰

O julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC/ADPF) n° 347/DF, ocorreu em 9 de setembro de 2015, no plenário do Supremo Tribunal Federal, e teve como relator o Ministro Marco Aurélio, e tendo como interessados os Estados e seus respectivos procuradores gerais. E, por maioria e nos termos do voto do Relator³¹, foi deferido em parte a medida cautelar.

Inicialmente, verifica-se que, o relator começa seu voto citando vários julgados que trataram sobre matéria de direitos das pessoas presas. Diz que a ADPF vai além de um simples pedido de melhorias ou construção de novos presídios para suprir o déficit existente de vagas. É, também, um pedido para que haja a elaboração, em conjunto, de planos de ação para cessar as violações aos direitos e garantias fundamentais das pessoas privadas de sua liberdade, bem como acabar com a falta de acesso ao básico, como, saúde, educação, alimentação, trabalho, etc. Importante destacar trecho do voto do Ministro relator³²:

[...]

Por isso, entendo de relevância maior a apreciação do pedido de implemento de medida cautelar. Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contra majoritário em reconhecer direitos daqueles que

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 22 nov. 2018.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

Deste modo, o Ministro afirma que “há relação de causa e efeito entre os atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal”, e a alteração do estado de inconstitucionalidade “só é possível diante da mudança significativa do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial”³³.

Sustenta ainda, que, diante do quadro de violações, deve ser “reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro”, uma vez que tais problemas e violações não acontecem em um ou alguns presídios, mas em todos existentes no país. O Ministro cita os diversos dispositivos que não são observados³⁴, dentre eles, destacam-se:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); 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 (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Ainda quanto as violações, o Ministro relator faz menção, à Lei nº 7.210, de 1984, “Lei de Execução Penal”, “na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados”, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e à Convenção Americana de Direitos Humanos³⁵.

Além disso, o Ministro levanta a questão, também, sobre o sistema adotado pelo Brasil, de ressocialização do preso, contudo, este é outro direito que é anulado e não cumprido, e nessa lógica, destaca-se³⁶:

[...]

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. p.25. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 22 nov. 2018.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.

Em seguida, o Ministro tratou sobre a responsabilidade do Poder Público, no caso em julgamento e, assim, afirma não ser a responsabilidade apenas de um dos Poderes, mas dos três (Executivo, Legislativo e Judiciário), e não só no âmbito da União, mas, como também, no âmbito dos estados e Distrito Federal. E, que “[...] a responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”³⁷.

No que se refere ao possível papel do Supremo, o Ministro fala que a Corte Constitucional, no exercício de sua função típica, trataria apenas dos quesitos jurídicos-penais, como por exemplo, a “cultura do encarceramento” (um dos fatores que levam a superlotação dos presídios), os números de prisões provisórias decorrentes da má aplicação da legislação penal e processual penal, contudo, estando os pressupostos do estado de coisas inconstitucional reconhecidos, pode o Tribunal Constitucional intervir, em adequada medida, na seara política, sem afronta aos princípios democrático e da separação dos poderes³⁸.

Para exemplificar e fundamentar tal entendimento, o Ministro cita novamente, um julgado da Corte, o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, tratando-se de entendimento pacificado, que independentemente de dotação orçamentária, é possível sim que o Poder Judiciário imponha que a União e os estados façam obras em presídios para assegurar os direitos dos presos, pois trata-se de uma “legitimidade do Poder Público em geral”, a efetividade de direitos.³⁹

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. p. 28. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 25 fev. 2019.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

Tendo em vista, também, como já foi falado, tratar de “pauta impopular”, assunto de pouco interesse tanto para a sociedade quanto para a política, cabe ao Judiciário intervir na defesa dos direitos fundamentais, mesmo que tenha que intervir na esfera política⁴⁰, como bem colocado pelo Ministro em seu voto, veja-se:

[...]

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.

O Ministro Marco Aurélio, concluiu, quanto aos pedidos cautelares, que juízes e tribunais: (i) lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicavam medidas alternativas à privação de liberdade; (ii) realizassem audiências de custódia, em até 90 dias, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; (iii) considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; (iv) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; e (v) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.⁴¹

Em seguida, deu-se os votos dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Melo, que, por fim, deferiram a cautelar em relação a três pontos: a i) que realizem audiências de custódia, em até 90 dias; ii) a determinação para que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; e iii) a determinação para que União e Estados

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. p. 37. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 25 fev. 2019.

⁴¹Ibidem.

encaminhassem relatórios com informações sobre a situação prisional.⁴² Inteiro Teor do Acórdão em anexo.⁴³

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. p. 4-5. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 25 fev. 2019.

⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DO STF NA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Como já mencionado no capítulo anterior, com a crescente ausência do Estado nas mais diversas prestações públicas aos cidadãos, o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir cada vez mais nas políticas públicas quando das decepções sociais. Isto é, a história política brasileira mostra que assuntos polêmicos são frequentemente evitados pelo Poder Legislativo, fazendo com que a sociedade vá ao Judiciário, em busca de uma solução para suas demandas. E, este, para resolver essas questões, muitas vezes excede os limites da sua função jurisdicional legitimada pela Constituição, muitas vezes, sendo encarada tal postura como ativista.⁴⁴

Dessa forma, muitas questões políticas, sociais ou morais estão sendo decididas em última instância, pelo Poder Judiciário, tratando-se de uma transferência, para os tribunais, controvérsias políticas, que em tese deveriam ser tratadas no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo⁴⁵. Rodrigo Monteiro da Silva diz que, no contexto do ativismo judicial, é evidente que este esteja interligado à crescente judicialização dos conflitos que também é um meio de participação mais amplo na realização de políticas públicas.⁴⁶

À vista disso, é necessário compreender a esfera de atuação do Poder Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como se o controle das atividades dos outros poderes (Executivo e Legislativo), nos termos e nos limites da interpretação constitucional, é essencial para a garantia dos direitos fundamentais⁴⁷.

⁴⁴ TORRES, Suzana A. de Q. **A atuação do supremo tribunal federal, após a constituição de 1988, na solução dos “casos difíceis” a partir do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de ativismo judicial e judicialização da política**. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2012.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁶ SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, 2017. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4628/pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

⁴⁷ TORRES, Suzana A. de Q. **A atuação do supremo tribunal federal, após a constituição de 1988, na solução dos “casos difíceis” a partir do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de ativismo judicial e judicialização da política**. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2012.

Importante destacar trecho da pesquisa de Bruno Castro e Paulo Ramos⁴⁸, que fala sobre esse papel mais ativo e necessário do Supremo Tribunal Federal, porém com certa deferência ao Legislativo e Executivo, senão veja:

[...]

É construída, assim, uma dualidade entre ativismo judicial e deferência ao legislativo, quer dizer, por um lado, um papel mais ativo do judiciário, no caso do Supremo Tribunal Federal, que em última instância acaba funcionando como legislador, na medida em que delibera sobre questões que efetivamente competiriam ao Poder Legislativo, e em contrapartida, com posição mais conservadora, posição de obediência às deliberações do Poder Legislativo, funcionando o Poder Judiciário apenas como guardião da Constituição, sem qualquer tipo de decisão mais criativa, tudo com o objetivo de evitar ser visto como criador do direito, porquanto tarefa típica do Poder Legislativo. Existe uma ligação intrínseca dessas visões com a concepção não problematizada da Teoria da Separação dos Poderes. No início do século XX, com um modo de legislação baseado em cláusulas gerais, e com o pós-guerra e a inflação de constituições que incorporaram inúmeros princípios, o papel do judiciário, do legislativo e do executivo mesclaram-se de tal forma, de modo que o judiciário foi empurrado a desempenhar não somente o seu tradicional papel de aplicar a lei formulada pelo Parlamento.

Nesse mesmo sentido, segue Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior, que diz que a Corte, em suas decisões, estão atentos e tentam ser cautelosos a respeito do “núcleo essencial do princípio da separação e harmonia dos Poderes (art. 2º da CF)”, e, que, por este motivo, o STF tenta fazer um balanceamento entre direitos e princípios constitucionais, no intuito de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e garantir a não transgressão do direito a integridade física e moral dos presidiários.⁴⁹

Diante de todo o exposto, tratando-se de uma situação extrema, o caso em análise, qual seja, a falência do sistema prisional brasileiro, que foi levado, em última instância, ao poder Judiciário, ao anseio de uma resposta efetiva de justiça para com aqueles que sofrem com o descaso de todo o Poder Público, bem como da sociedade brasileira, algumas perguntas surgem quanto a essa atuação mais ativa do Judiciário, quais sejam: Há legitimidade na atuação do STF

⁴⁸ CASTRO, B. D. V.; RAMOS, P. R. B. **Entre O Ativismo E (In) Operância Legislativa: Deliberação E Legitimidade Das Decisões Do Supremo Tribunal Federal Em Sede De Controle De Constitucionalidade Em Um Contexto De Novos Arranjos Institucionais E De Revisão Da Teoria Da Separação Dos Poderes.** 2014. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.BEB61213&lang=ptbr&site=eds-live&authtype=ip.uid>. Acesso em: 30 mar. 2019.

⁴⁹ VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516692>. Acesso em: 23 de mar. 2019.

no caso do sistema penitenciário brasileiro? Qual a fundamentação da legitimidade na decisão da ADPF 347 tomada pelo STF?

Para tentar responder tais questões, é feito, a seguir, breves explicações acerca do Princípio da Separação dos Poderes, passando por Aristóteles e Montesquieu que trouxe ao meio acadêmico as noções iniciais sobre poderes de Estado. Também serão feitas breves explicações acerca do ativismo judicial e o seu caráter dialógico estrutural, cabe salientar que a análise aqui feita é voltada para o caso em tela -sistema prisional brasileiro, o seu estado de coisas inconstitucional e a efetividades dos direitos fundamentais das pessoas presas-, partindo-se daí para a análise do acórdão da ADPF 347, buscando identificar se há legitimidade na declaração feita pelo STF.

2.1.O Princípio da Separação dos Poderes

Quando grupos de pessoas resolveram se unir, formou-se as sociedades, estando o seu funcionamento vinculado a criação de normas, com o objetivo de organizar a vida em sociedade. Porém, a pura criação de um ordenamento jurídico não bastava para um cumprimento efetivo das leis, dessa necessidade surgiu as instituições como uma forma de garantir a obediência e o respeito as normas estabelecidas. E, através destas instituições que se introduziu a noção de poderes de Estado e de sua separação. Introdução esta que se deu através de Aristóteles, que combinou a existência de três poderes em qualquer governo, sendo eles: o deliberativo, o executivo e o judiciário⁵⁰.

Neste sentido, cumpre destacar a exposição da professora Cintia Garabini Lages⁵¹:

Considerado como o primeiro teórico do princípio da separação dos poderes, afirmou Aristóteles que em todo governo existem três poderes essenciais, o que delibera sobre os negócios do Estado, o que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado e aquele que abrange os cargos de jurisdição [...]. A partir daqui, já no século XVIII, sua essência foi resgatada e possibilitou o nascimento de um novo modelo de Estado que encontrou na lei o seu limite, atribuiu ao governante a responsabilidade pelos seus atos e que promoveu a

⁵⁰ FIGUEIREDO, E. Fin de; GIBRAN, S. M. O Ativismo Judicial, O Princípio Da Separação Dos Poderes E a Ideia De Democracia. **Revista Percorso**, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 104–124, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=122106750&lang=ptbr&site=eds-live&auth-type=ip-uid>. Acesso em: 30 mar. 2019.

⁵¹ LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 11, n.58, out. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E. Acesso em: 30 mar. 2019.

divisão do poder de modo eficiente. A limitação do poder político, tão necessária quanto desejada, possibilitou o surgimento de um novo paradigma de Estado, até então desconhecido, o Estado de Direito.

Por sua vez, o princípio da Separação dos Poderes se consolidou no mundo jurídico a partir da obra “o espírito das leis”, do pensador francês, Montesquieu, que se baseia nas principais funções do Estado, que são estruturalmente orgânicas e independentes entre si, isto é, possuindo especialização funcional, cada aparato orgânico exercerá suas funções predominantemente que lhe foram conferidas⁵². Montesquieu, defendeu, não só a separação dos poderes, mas, também, “a criação de um mecanismo de equilíbrio e controle recíproco”.⁵³ Assim, merece destaque trecho do pensamento do Barão de Montesquieu⁵⁴:

[...]

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. **Estaria tudo perdido** se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (grifo nosso).

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes foi consagrado na Constituição Federal de 1988, no art. 2º, dispondo que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Dada a sua importância, foi considerado como uma cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, III, in verbis⁵⁵:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

⁵² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111- 113.

⁵³ CARICATI, Fabiana B. S.; *et al.* A Separação dos Poderes e a Liberdade Jurisdicional. Percurso – **Anais do v congresso luso-brasileiro de direitos humanos na sociedade da informação**, v.3, n.26, p. 337-358, 2018.

DOI: 10.6084/m9.figshare.7430312. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/3147/371371679>. Acesso em: 30 mar. 2019.

⁵⁴ MONTESQUIEU, B. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 169-170. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000001770&lang=ptbr&site=eds-live&authtype=ip.uid> Acesso em: 30 mar. 2019.

⁵⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

III - a separação dos Poderes; (grifo nosso).”

Este dispositivo expressa a proibição de se alterar essa divisão. Para dar mais sentido ao estudo deste princípio, é importante entender o que é poder. Este, se caracteriza como sendo “um fato da vida social”, isto é, “o Estado é o grupo social máximo o qual detém o poder político que é superior a todos os demais poderes sociais”.⁵⁶

Em sendo assim, nos termos expressamente previstos na Constituição Federal, é admitido, em certo grau, o compartilhamento das funções do Estado entre os Poderes, entretanto, o núcleo essencial de cada função só é passível de ser exercido pelo poder competente, ou seja, não há interferência na função essencial de cada poder.⁵⁷

Nessa lógica, Hely Lopes Meirelles, explicita que o “equilíbrio entre Poderes” de Montesquieu, resultou no nosso sistema de freio e contrapesos, o chamado de *check and balances*, o que significa dizer que um poder é limitado pelo outro, e que, a governança e a administração é uma consequência da comunicação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.⁵⁸

Rafael Laffitte e Rocco Antonio Rangel⁵⁹, segue nesse mesmo raciocínio, senão veja:

Percebe-se, portanto, que cada poder, através de funções típicas e atípicas, tem a responsabilidade de promover a solidificação dos direitos fundamentais. A noção clássica do papel do poder judiciário assevera que a função do juiz é aplicar a lei ao fato concreto, lei está fruto do trabalho do poder legislativo. Os magistrados seriam a “boca da lei”, como disse Montesquieu (2007). Posteriormente, aos juízes foi reconhecido o direito de interpretar as leis, mas dentro da lógica jurídica estabelecida pelo Parlamento. Com o passar do tempo e o surgimento do controle de constitucionalidade, o poder judiciário, em diversos países, recebeu autorização constitucional para funcionar como “legislador negativo”, podendo invalidar leis e atos dos demais poderes que contrariassem a Constituição.

Observa-se que o princípio da separação dos poderes não é absoluto, havendo mecanismo de interação e controle recíproco, evitando assim, os abusos. E, partindo-se dessa

⁵⁶ TORRES, Suzana A. de Q. **A atuação do supremo tribunal federal, após a constituição de 1988, na solução dos “casos difíceis” a partir do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de ativismo judicial e judicialização da política.** Monografia (Bacharelado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2012.

⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁵⁹ FERNANDES, R. L.; et al. Da capacidade de inovação normativa do poder judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 20, n. 39, p. 11-28, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.27209>. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-182X2017000100002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 03 mar. 2019.

ideia, ergue-se o possível papel criativo dos tribunais que traz novas contribuições para o Direito, através do chamado ativismo judicial, que é quando o Poder Judiciário vai além de suas funções, atuando onde “a lei não se mostra suficiente ou quando é necessária uma interpretação do texto de lei”.⁶⁰

Portanto, a atuação do Poder Judiciário está vinculada ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, logo não há como usar o princípio da separação dos poderes, bem como a falta de legitimidade democrática, como fundamentos para o não julgamento de determinados casos, em que se tratam de defesa das minorias.⁶¹ Visão que será melhor esclarecida nos tópicos seguintes.

2.2.O ativismo judicial estrutural -dialógico

O Ativismo Judicial é o exercer além das funções precípua do Poder Judiciário, atuando através da interpretação do texto da lei ou quando esta seja deficiente, contudo, não há consenso quanto ao conceito de ativismo judicial, o que existe são acepções para o termo, alguns com sentido negativo.⁶²

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, “os Estados Unidos são o berço do tema e do termo ‘ativismo judicial’”. O ativismo judicial surgiu com o caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana, em 1803, onde pela primeira vez uma lei federal foi julgada inconstitucional e declarada nula. O juiz da causa afirmou a possibilidade do *judicial review*, ainda que não previsto expressamente na Constituição americana de 1787.⁶³

Em terras brasileiras, com a Constituição de 1988, o Brasil adotou uma nova ordem constitucional, estabelecendo um Estado Democrático de Direito, alicerçado em direitos e

⁶⁰LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, v.11, n.58, out. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁶¹SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n.1, 2017 p. 13-27.

⁶²FERNANDES, R. L.; NELSON, R. A. R. R. Da capacidade de inovação normativa do poder judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 20, n. 39, p. 11-28, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.27209>. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-182X2017000100002&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁶³CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

garantias fundamentais, contrapondo-se ao Estado autoritário, adotando assim o fenômeno do ativismo judicial.⁶⁴

Dessa forma, o debate sobre o ativismo judicial no Brasil teve início com a ascensão institucional do Poder Judiciário, muito evidenciado pela atuação do Supremo Tribunal Federal, e desde a promulgação da Carta Magna de 1988 este tema vem ganhando mais visibilidade, com destaque no final do século XX e no começo deste século.⁶⁵

Nesse sentido, leciona o então Ministro do STF, Luís Roberto Barroso⁶⁶:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

No Brasil, com as grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, o Supremo ganhou espaço no cenário sociopolítico brasileiro. A partir da Constituição de 1988, o Supremo passou a se comunicar mais com os Poderes Executivo e Legislativo, deixando de ter um papel secundário, para participar ativamente na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.⁶⁷ Nesse sentido, destaca-se:

[...] mas o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a Executivos hipertrofiados, alcançou, de forma gradual, máxime por meio do controle de constitucionalidade das leis, patamar de relevância e autoridade político-

⁶⁴ SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v.7, n.1, 2017, p. 13-27.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 369-371.

⁶⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

normativa absolutamente inédito em sua história – a Corte tem sido capaz de exercer tanto o papel contramajoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar anseios sociais e políticos favorecidos pelas coalizões majoritárias, mas que, em função do caráter muito controvertido dos temas, esbarra em impasses (deadlocks) intransponíveis na arena legislativa.⁶⁸

O papel institucional do judiciário, a partir da Carta Suprema de 1988 e com a redemocratização do país, deu um salto, aumentando gradativamente sua atuação no cenário do país. Com essas mudanças no país, o acesso ao Judiciário foi facilitado, como demonstra Carlos Alexandre Campos⁶⁹:

[...]
Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos.

Cabe salientar que o texto da Constituição Federal de 1988, mudou todo o direito constitucional brasileiro, bem como “as relações entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal”, catalogando o vasto rol de direitos fundamentais e sociais, dotados de grande valor moral e regulamentar e, registrando ainda, o crescimento e consolidação da jurisdição constitucional e deliberações do Supremo. E, assim, promoveu também mudanças nos modelos de controle de constitucionalidade, aumentando os tipos de ações e os legitimados a iniciar os processos.⁷⁰

Nessa perspectiva, destaca-se algumas atividades que tem desempenhado o STF, de maneira mais ativa: resolução de diversos casos por meio de práticas interpretativas e decisórias; suprimento de lacunas legislativas; alteração do sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais, conformando-os à Constituição Federal de 1988; aumento do alcance de sua interpretação constitucional processual, bem como os efeitos de suas decisões;

⁶⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

e interferência na área de políticas públicas. Observa-se que tudo isso reflete seu novo espaço institucional.⁷¹

Ainda nessa linha, importante destacar também⁷²:

O Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele tem imposto sérias limitações às ações estatais regulatória, investigatória e coercitivo-penal. Pautada principalmente na proteção do mínimo existencial, o Tribunal vem também mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. Em diversas decisões monocráticas, de Turmas e do Pleno, o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a “proteção insuficiente” no âmbito de políticas públicas sociais.

Tratando-se do estado de coisas inconstitucional, não há consideração judicial nas “arbitrariedades das instâncias políticas eminentemente representativas”, por isso que a aplicação desta técnica de decisão (ECI), que busca a efetividade dos direitos fundamentais e sociais, defende a intervenção do Judiciário na área das políticas públicas.⁷³

Diante da inconstitucionalidade no sistema penitenciário brasileiro, o STF aplicou ao caso o denominado litígio estrutural, como uma tentativa de “reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento”⁷⁴. Isto é, o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional traz consigo a responsabilidade de correção das falhas estruturais do Estado e, com isso, o juiz expede comandos aos Poderes, para que sejam feitas tais correções e, assim, extinguir “a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais”, tratando-se de um ativismo estrutural.⁷⁵ Neste sentido, veja-se:

⁷¹ CAMPOS, Calos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁷² Ibidem.

⁷³ CAMPOS, 2016 *apud* SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. **O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes**. Jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58529/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario-e-o-ativismo-judicial-no-panorama-politico-democratico-brasileiro-frente-ao-principio-constitucional-da-separacao-de-poderes/1>. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁷⁵ COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “estado de coisas inconstitucional”**. Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>. Acesso em: 7 abr. 2019.

Acrescenta-se, ao termo em estudo, a palavra “estrutural”, porquanto as ações do Judiciário, ao imiscuir-se das típicas funções dos outros Poderes, na defesa dos direitos fundamentais e outros valores aos quais se pretende defender, têm o escopo precípua de corrigir falhas na estrutura social, decorrentes da ineficiência das políticas públicas, até então aplicadas ou, até mesmo, por conta de sua inexistência.⁷⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁷⁷, explora em seu livro, a ideia de multidimensionalidade do ativismo judicial, tratando-se da complexidade inerente às decisões essenciais, devendo ser reconhecida positivamente para a compreensão das decisões ativistas, senão veja:

[...] A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura.

Na mesma obra citada, foi feita a descrição e a sistematização das diferentes dimensões do ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal, e de forma breve e sem adentrar nas especificidades de cada uma dessas dimensões, neste trabalho, cita-se⁷⁸:

I) **Dimensão metodológica:** interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativas inconstitucionais; decisões maximalistas. II) **Dimensão processual:** autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e duas decisões. III) **Dimensão estrutural ou horizontal:** interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos. IV) **Dimensão de direitos:** o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas. V) **Dimensão antidialógica:** afirmação da posição do

⁷⁶ COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “estado de coisas inconstitucional”**. Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>. Acesso em: 7 abr. 2019. p.81.

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

⁷⁸ Ibidem.

Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo. (grifo nosso).

O ativismo judicial na dimensão estrutural ou horizontal, como dito acima, é a intervenção severa nas decisões dos demais poderes, podendo ocupar a zona de atuação desses poderes (legislativo e executivo), não prestando deferência legal ou epistêmica. Nessa dimensão, portanto, não se trata de “como o Supremo interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional (dimensão metodológica), ou de como utiliza os instrumentos de decisão (dimensão processual)”, mas no quanto ele se envolve nas decisões reservadas aos demais atores políticos.⁷⁹

O que caracteriza essa dimensão é que, nas decisões do Supremo não há consideração e espaço para discussão acerca da capacidade constitucional dos outros poderes, afirmando sempre que a sua independência e legitimidade advém da Constituição, e que as suas decisões são justificadas com a melhor interpretação da Constituição que assim o entenderem, e acreditam que toda e qualquer matéria ali discutida tem base ou implicações constitucionais, estando assim, legitimados a imiscuir-se nas decisões políticas dos outros poderes.⁸⁰

Diante da falha estatal estrutural, do sistema penitenciário brasileiro, que gerou a violação e a perpetuação massiva e sistemática dos direitos, exige-se a utilização de remédios constitucionais para a determinação de “mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes”, aos órgãos responsáveis.⁸¹

Com a complexidade do caso analisado, a Corte, através de comandos e execução complexa, passa a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais das pessoas presas, isto é, tem um alcance coletivo e, não mais individual, configurando assim o chamado litígio estrutural. E, como meio de enfrentamento deste tipo de litígio, diferentemente dos casos com decisões mais rígidas, a Corte constitucional brasileira utilizou-se dos remédios estruturais, que formulam e executam novas políticas públicas, e nesse sentido, é importante destacar⁸²:

Ao adotar tais remédios, cortes cumprem dois objetivos principais: **superar bloqueios políticos e institucionais**, e **aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional**. Cortes

⁷⁹CAMPOS, Calos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁸⁰Ibidem.

⁸¹ CAMPOS, C.A. de A. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 7 abr. 2019.

⁸² Ibidem.

engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural, justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais. O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba **sendo o único meio**, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados. (grifo nosso).

O autor supracitado, acredita não ser possível a utilização de instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional para superar tal estado inconstitucional. O que dentro dos limites, e de forma flexível, se justifica tal heterodoxia dos remédios judiciais, devendo haver diálogo entre os Poderes, quebrando assim, a ideia de supremacia judicial, dessa forma, “o ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico”.⁸³

Para aferir se o ativismo judicial no caso da declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, é constitucional e legítimo, pode ser usada a técnica de sopesamento ou ponderação, entre o princípio da separação dos poderes e a efetividade dos direitos fundamentais dos presidiários.⁸⁴

Há na sociedade brasileira constantes choques de natureza axiológica, isto é, percebe-se que conflitos entre princípios jurídicos são constantes, e estes são harmonizados por meio de ponderação. Dessa forma, entende-se que não existe direito absoluto, ou seja, “todo e qualquer direito pode ser limitado, notadamente, para a manutenção da harmonia social”.⁸⁵

Para Robert Alexy, quando há colisão entre princípios, deve-se fazer uma ponderação, e assim, prevalece o que tem mais importância no caso em análise, e diz que a ponderação é um elemento da proporcionalidade e, assim, ela se subdivide em subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade. E, para se chegar a proporcionalidade, o caminho deve ser traçado primeiramente pela adequação e pela necessidade, existindo uma ordem a ser obedecida e seguida.⁸⁶

⁸³CAMPOS, C.A. de A. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 7 abr. 2019.

⁸⁴ COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “estado de coisas inconstitucional”**. Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>. Acesso em: 7 abr. 2019. p.111.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Nesse sentido, Alexy explica que, para se alcançar determinado fim, na adequação deve-se escolher o meio que irá promover tal alcance, e na necessidade analisa-se o meio escolhido e se este restringe outro direito fundamental, se sim, outros meios devem ser buscados para que não ocorra tal restrição. Em sentido estrito, na proporcionalidade, que corresponde a ponderação, deve ser feita a análise sobre a real importância do princípio que está sendo contraposto e se este justifica a restrição do outro princípio.⁸⁷

Logo, por meio da ponderação, a limitação ou atenuação de um princípio, só terá legitimidade se o objetivo for proteger valores constitucionais tão importantes quanto ao que está sendo restrito, não podendo também, esvaziar-lo completamente, tendo como a melhor solução, para também não ferir o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, a delimitação do ativismo judicial, através do diálogo institucional.⁸⁸

Portanto, resta claro que o princípio da separação dos poderes deve ser atenuado e limitado, para proteger os direitos fundamentais atingidos e sua máxima eficácia, sendo tomadas medidas para tanto, através do ativismo judicial estrutural dialógico.⁸⁹

2.3. Legitimidade do Supremo Tribunal Federal na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional

Como dito no capítulo I, em 27 de maio de 2015, foi requerido o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diante das profundas e generalizadas violações de direitos e garantias fundamentais dos presos, tornando o cenário prisional deficiente, através da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), sendo reconhecido, liminarmente.⁹⁰

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁸⁸ COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “estado de coisas inconstitucional”**. Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>. Acesso em: 7 abr. 2019. p.111.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 112.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 03 fev. 2019.

Diante de toda a pesquisa feita até aqui, o trabalho teve como escopo a pergunta sobre a legitimidade na declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, feita pelo STF. Essa decisão, gerou várias discussões no mundo jurídico quanto a legitimidade de tal fenômeno, até então inexistente na jurisdição brasileira, sendo “uma técnica processual complexa, típica das cortes constitucionais contemporâneas”. E, ao reconhece-lo, o STF admitiu haver o denominado litígio estrutural no sistema penitenciário brasileiro, e afirmou ser uma tentativa de transformar todo o cenário já descrito, diminuindo a superlotação dos presídios e eliminando a degradação advinda do confinamento.⁹¹

A petição inicial da ADPF 347, menciona a real situação do sistema carcerário brasileiro, e afirma a configuração do chamado estado de coisas inconstitucional, fenômeno advindo da Corte Constitucional da Colômbia, cabendo destacar trecho que diz respeito a legitimidade de uma atuação mais ativa do STF⁹²:

[...]

Menciona que o quadro configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, sendo, ante a gravidade, indispensável a intervenção do Supremo, no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis. Conforme esclarece, a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta **que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos** e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes. (grifo nosso).

A inicial deixa claro que seus pedidos não buscam “determinações judiciais rígidas e soluções ditadas pelo próprio Tribunal”, mas, que através do diálogo e cooperação entre os poderes estatais, o Tribunal elabore ordens flexíveis, possibilitando a formulação de planos, em conjunto, para a solução do estado inconstitucional.⁹³

⁹¹ SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5101, 19 jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58529>. Acesso em: 8 abr. 2019.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 fev. 2019.

⁹³ *Ibidem*.

Da análise feita no acórdão da ADPF 347, extrai-se várias informações as quais afirmam essa legitimidade de atuação do STF, sendo também uma técnica legítima, mesmo que inovadora em âmbito nacional.⁹⁴ Dessa forma, os ministros passaram a analisar os pedidos, e fiel a esta ideia de cooperação e diálogo entre os entes responsáveis pelas mudanças estruturais, passaram a votar. Concluíram, em sede de liminar, que se aplica ao caso do sistema penitenciário o estado de coisas inconstitucional, e deferiram a cautelar em relação a três pontos: a i) que realizem audiências de custódia, em até 90 dias; ii) a determinação para que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; e iii) a determinação para que União e Estados encaminhassem relatórios com informações sobre a situação prisional.⁹⁵

Nas sustentações orais, houve objeções contrárias a aplicabilidade do ECI no Brasil, e uma delas vai ao encontro com o objetivo específico deste trabalho, qual seja: que o STF não possui legitimidade democrática e institucional para adotar as medidas pleiteadas.⁹⁶

No que tange a esta objeção, foi alegado que a decisão seria ativista e sem legitimidade, por interferir em assuntos de natureza administrativa, orçamentária e política. Acreditam que por não serem eleitos e submetidos ao voto popular, os ministros não estão em posição de representatividade política e, por isso, são ilegítimos para determinar medidas de caráter político.⁹⁷

Neste sentido, Luís Roberto Barroso⁹⁸ ensina que:

[...]

As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 fev. 2019.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ CAMPOS, C. A. de A. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Rio de Janeiro, set. 2015. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 8 abr. 2019.

⁹⁷ SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5101, 19 jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58529>. Acesso em: 8 abr. 2019.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.

Logo, deve-se ter presente a ideia de que, ainda que o Judiciário atue de forma mais ativa para a defesa dos elementos essenciais da Constituição, estaria agindo em defesa da democracia. O autor supracitado também ensina que a democracia contemporânea abrange três dimensões, quais sejam: i) a representativa, atuando os parlamentares e os chefes do executivo; ii) a constitucional, conduzida pelo Poder Judiciário, notadamente, pelo STF; e iii) a deliberativa, dirigida pela sociedade civil, através de suas entidades.⁹⁹

Barroso, vai mais adiante, e diz que a função típica do Poder Judiciário baseia-se na aplicação do direito a um litígio entre partes, e ao decidir tal contenda, “o juiz faz prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista na lei”. Contudo, há uma reserva de poder público feita por muitos Estados democráticos, para que seja exercido pelo Judiciário, não sendo estes eleitos pelo povo, isto é, a Constituição Federal concede competência para que o Judiciário resolva os litígios de forma geral. Assim, cumpre destacar¹⁰⁰:

[...]Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas **concretizam a vontade política** majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito ou dogmática jurídica. Este, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica. (grifo nosso).

O ministro relator Marco Aurélio, ao analisar o possível papel do Supremo, no ECI, diz que há uma certa dificuldade quanto ao exercício atípico de suas funções, interferindo, excepcionalmente, nas políticas públicas e escolhas orçamentárias. Diz ainda que, estando os pressupostos do estado de coisas inconstitucional preenchidos, as controvérsias teóricas não são aptas a afastar tal convencimento, podendo assim, a Corte tomar parte, na adequada medida,

⁹⁹ BARROSO, 2015 *apud* SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5101, 19 jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58529>. Acesso em: 8 abr. 2019.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

em esfera essencialmente política sem que haja ofensa ao princípio democrático e da separação de poderes.¹⁰¹

Então, somente o Supremo tem a capacidade de combater os bloqueios políticos e institucionais que frustram as formas de solução, retirando os demais Poderes da inércia. Diante da constante omissão, e a já falada pauta impopular, somente o Judiciário pode intervir na questão e, nesse sentido, não há que se falar em ferir o princípio democrático, pois “bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos”, fazendo pouco sentido citar princípio democrático enquanto há elevado padrão de omissão dos poderes políticos frente a generalizada violação dos direitos fundamentais.¹⁰²

Nessa mesma linha, seguiu o voto do ministro Luís Roberto Barroso¹⁰³, no tocante a legitimidade do Supremo nessa matéria, destaca-se, então:

[...]Não é necessário maior aprofundamento, porque é notório o fato de que os presos são uma minoria invisível, uma minoria não representada politicamente, uma minoria incapaz de vocalizar, em qualquer foro relevante, as suas demandas, as suas necessidades. Como consequência, são pessoas que têm seus direitos fundamentais mais elementares vulnerados. Portanto, a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo é precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria. Por fim, a justificar a atuação do Judiciário, o preso está preso por uma decisão do Estado, ele está sob uma relação especial de sujeição para com o Estado. Portanto, o Estado tem deveres mínimos de proteção em relação a esse indivíduo.

Os votos dos outros eminentes ministros, tiveram o mesmo entendimento, seguiram a mesma linha de raciocínio, e ante todo o exposto, percebe-se que há sim legitimidade na atuação do STF na declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista que o próprio instituto do ECI, deriva de uma visível omissão de todos os poderes do Estado, e que diante da falta de interesse e inércia dos parlamentares e dos administradores, na solução desse quadro inconstitucional, o Judiciário se autolegitima a julgar o caso, dando

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 8 abr. 2019.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem.

efetividade nos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, isto é, fazendo valer a supremacia da Carta Magna.¹⁰⁴

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 8 abr. 2019.

CONCLUSÃO

Os presídios brasileiros encontram-se em situação precária, cenário incompatível com a Constituição Federal Brasileira, bem como dos Tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, e a lei de Execução Penal Brasileira, revelando assim, o descaso por parte do poder público (Executivo, Legislativo e Judiciário), ferindo diretamente preceitos fundamentais dos que se encontram sob a tutela do Estado. Dessa forma, espera-se que soluções sejam tomadas para que venham garantir, pelo menos, o mínimo de condições de vida aos presos.

Precipuamente, este caso deveria ser tratado no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, por tratar da falta de políticas públicas, ou da boa aplicação das já existentes, bem como da fiscalização dos estabelecimentos prisionais, entre outras coisas de fundo político. Entretanto, diante da omissão do Estado (engloba-se aqui os três poderes) na prestação efetiva nessa área, o caso foi levado em última instância ao Judiciário, buscando-se, assim, justiça e efetividade dos direitos fundamentais garantidos na Carta Constitucional.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio da medida cautelar na ADPF n° 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, e teve como requerimento principal, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diante do seu cenário deficiente, o qual foi reconhecido e declarado, em sede liminar.

Nesse sentido, buscou-se analisar neste trabalho, essa nova alternativa para a jurisdição constitucional brasileira, o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional, que foi aplicado ao caso do sistema penitenciário brasileiro, diante da sistemática e massiva violação dos direitos fundamentais dos presos. Essa técnica que tem origem na Corte Colombiana, foi desenvolvida no intuito de superar as situações de renitente violação a direitos fundamentais, exigindo uma atuação coordenada de vários atores públicos. Essa parte encontra-se no primeiro capítulo, bem como a comprovação da falência do sistema carcerário brasileiro, feita através de dados informativos do INFOPEN e do CNJ, referentes aos anos de 2014 e 2015, época em que se deu o julgamento da ADPF n° 347, pelo STF.

O problema de pesquisa girou em torno da declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, feita pelo STF, que teve como consequência,

questionamentos acerca da legitimidade deste fenômeno e de seu reconhecimento, pois trata-se da prática de ativismo judicial, tema que tem muitos adeptos contrários a essa atuação mais ativa do Judiciário, atribuindo-lhe uma conotação negativa, tendo como principal fundamento o de ilegitimidade democrática e afronta ao princípio da separação dos poderes. Contudo, no caso em análise, procurou-se demonstrar que a atuação mais incisiva do Supremo se justifica por tratar-se da defesa dos direitos fundamentais dos presos, diante da omissão do poder público, e que o ativismo judicial estrutural combinado com o diálogo entre os poderes do Estado, torna a atuação do Supremo legítima.

É certo que, a função do Poder Judiciário está vinculado ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, isto é, tem a função de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais das pessoas presas, uma vez que tem como missão a defesa de minorias, e os presos são tratados como parcela impopular na sociedade e, por isso, falta interesse político na solução de tais problemas, pois a própria sociedade considera como perda a dignidade humana destes que cometeram crimes, dessa forma coube ao Judiciário interferir e tirar os outros poderes desse estado de letargia.

Nesse sentido, no segundo capítulo, foi trabalhado, de forma breve, sobre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial revestido de sua forma estrutural-dialógica, e sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal nesse caso.

O princípio da separação dos poderes consolidado pela Constituição Federal Brasileira, se baseia nas principais funções do Estado, que são harmônicas e independentes entre si, contudo, evidenciou-se, que na divisão de poderes, deveria haver um equilíbrio entre eles, sendo regulado pelo sistema de freios e contrapesos, admitindo que houvesse uma interação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesses termos, deve haver um controle recíproco, já que não se trata de um princípio absoluto, logo não há como usar o princípio da separação dos poderes, bem como a falta de legitimidade democrática, como fundamentos para o não julgamento de determinados casos, em que se tratam de defesa das minorias.

Quanto a falta de legitimidade democrática, restou claro que quando o Judiciário atua em defesa dos elementos essenciais da Constituição, está agindo em defesa da democracia, ainda que ultrapassando suas funções típicas, pois a Constituição faz uma reserva de poder político para que seja exercido pelo Judiciário, ou seja, é concedido competência para que o Judiciário resolva os litígios de forma geral, e assim, estará concretizando a lei, a vontade do

constituente originário. E, no caso da ADPF 347, estando os pressupostos do estado de coisas inconstitucional preenchidos, as controvérsias teóricas não afastam a aplicação deste fenômeno, usando de argumento a afronta ao princípio da separação dos poderes e o princípio democrático.

Verificou-se, assim, que ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, o STF aplicou ao caso o denominado litígio estrutural, fenômeno que tem a responsabilidade de corrigir as falhas estruturais sociais do Estado, para que assim seja cessada a violação dos direitos fundamentais dos presos, que alcançam uma perspectiva do coletivo, não se tratando mais da esfera individual, o que demanda um julgamento diferenciado, configurando assim o ativismo judicial na dimensão estrutural. Tal dimensão se caracteriza pela intervenção severa nas decisões dos demais poderes, podendo ocupar a zona de atuação do legislativo e executivo, não prestando deferência legal ou epistêmica, contudo, no caso em análise, acrescenta-se a essa dimensão o diálogo institucional.

Tendo em vista as falhas estruturais e as omissões legislativas e administrativas, deve-se concluir, que acaba sendo necessário a prática do ativismo judicial com a intenção de impulsionar a superação dos bloqueios políticos, ainda que em uma democracia, essa prática se faz longe do ideal. E, assim, dentro dos limites e de forma flexível, o ativismo judicial estrutural se justifica, mas deve haver o diálogo entre os Poderes, para que a ideia de supremacia judicial caia, e dessa forma, a prática, excepcional, do ativismo judicial estrutural- dialógico traga soluções para o caso concreto analisado.

Por fim, entende-se que há sim legitimidade na atuação do STF na declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, e esta legitimidade se fundamenta na necessidade de superação dos bloqueios políticos e institucionais, como um meio eficaz de modificar esse estado de paralisia legislativa, administrativa e judiciária. Este assunto é muito importante para o meio jurídico, e espera-se que o STF, em julgamento definitivo, uma vez que só foi julgado a questão em medida cautelar, em cooperação com os demais poderes, possa alcançar uma solução para os problemas que só tem crescido no âmbito do sistema carcerário brasileiro, pois muito além de juízos discricionários da sociedade e de políticos, os presos, apesar de sua condição de recluso, fazem parte do Estado e merecem ter seus direitos e garantias respeitados, nos termos da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALIARDO, Rafael. *et al.* Ministros do STF criticam sistema prisional brasileiro. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 3 fev. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **ADPF 347/2015**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário**, 2009, p. 172. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 3 fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Informativo Rede Justiça Criminal. **Os números da Justiça Criminal no Brasil**. N. 8, p. 1-16. Janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em 22 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347/DF**. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 3 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. **RE 580.252-RG**. Embargos Infringentes, reparação por dano moral, superlotação carcerária [...]. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. **RE 592.581-RG**. Repercussão Geral, Recurso do MPE contra Acórdão do TJRS [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 23 fev. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 30 out. 2018.

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

CASTRO, B. D. V.; RAMOS, P. R. B. **Entre O Ativismo E (In) Operância Legislativa: Deliberação E Legitimidade Das Decisões Do Supremo Tribunal Federal Em Sede De Controle De Constitucionalidade Em Um Contexto De Novos Arranjos Institucionais E De Revisão Da Teoria Da Separação Dos Poderes**. 2014. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.BEB61213&lang=ptbr&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CARICATI, Fabiana B. S.; et al. A Separação dos Poderes e a Liberdade Jurisdicional. **Percurso – Anais do v congresso luso-brasileiro de direitos humanos na sociedade da informação**, v.3, n.26, p. 337-358, 2018. DOI: 10.6084/m9.figshare.7430312. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/3147/371371679>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “estado de coisas inconstitucional”**. Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>. Acesso em: 7 abr. 2019.

FERNANDES, R. L.; et al. Da capacidade de inovação normativa do poder judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 20, n. 39, p. 11-28, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.27209>. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121182X2017000100002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 03 mar. 2019.

FIGUEIREDO, E. Fin de; GIBRAN, S. M. O Ativismo Judicial, O Princípio Da Separação Dos Poderes E a Ideia De Democracia. **Revista Percurso**, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 104–124, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=122106750&lang=ptbr&site=edslive&authtype=ip,uid>. Acesso em: 30 mar. 2019.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16, n. 49, jan./jun. 2017. p. 81. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a>

[perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana](#). Acesso em: 30 out. 2018.

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 11, n.58, out. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E. Acesso em: 30 mar. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTESQUIEU, B. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**, 2011, p. 4-5. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcelle. Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras. **G1 GLOBO**, nov. 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>. Acesso em: 3 fev. 2019.

SANTOS, Helena M. P. dos. *et al.* Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, Número Especial, 2015. p. 2604. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941>. Acesso em: 10 out. 2018.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4628/pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019

SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. **O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes**. Jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58529/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario-e-o-ativismo-judicial-no-panorama-politico-democratico-brasileiro-frente-ao-principio-constitucional-da-separacao-de-poderes/1>. Acesso em: 3 abr. 2019.

TORRES, Suzana A. de Q. **A atuação do supremo tribunal federal, após a constituição de 1988, na solução dos “casos difíceis” a partir do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de ativismo judicial e judicialização da política**. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2012.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**.

Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 23 de março de 2019.

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.
- c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.
- e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

- g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.
- h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

ANEXO B – Pedidos definitivos

- a) Declare o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro;
- b) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.
- c) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas;
- d) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

- e) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas;
- f) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF;
- g) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;
- h) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

ANEXO C – INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, que reajustou o voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.