



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”
DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO
NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Por

ALICE CATÃO EGGER

ORIENTADORA: Rachel Barros Nigro

2017.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

**O “ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL” DO
SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO NO CONTEXTO DO
ATIVISMO JUDICIAL NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

por

ALICE CATÃO EGGER

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Rachel Barros Nigro

2017.1

DEDICATÓRIA

À minha mãe, fonte de toda a minha energia,
exemplo de generosidade e força.

Ao meu pai, meu exemplo de profissional e
homem ético, a sua serenidade sempre guiou
a minha vida.

À minha irmã por todo apoio, carinho e amor.

À Deus, sempre, fonte de toda a minha fé.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais que sempre me apoiaram nas minhas escolhas, independentemente de suas próprias carreiras e aspirações. Muito obrigada pela dedicação e oportunidade da melhor educação disponível, tanto em casa como no colégio e faculdade, fazendo com que a graduação em Direito seja não apenas um sonho possível, mas um sonho que hoje estou alcançando e concretizando.

À minha irmã, por todo o apoio e companheirismo de sempre, mesmo de longe sempre muito presente. Agradeço imensamente por ser tão diferente de mim e por me mostrar outros pontos de vistas, me permitindo crescer como pessoa e profissionalmente.

À minha família pelo amor e compreensão com meus estudos e dedicação à minha faculdade. Muito obrigada por todas as orientações e apoio durante todos esses anos. Todos foram muito importantes para a conclusão desse trabalho e da minha graduação.

Às minhas amigas, amigos e colegas de faculdade, pela convivência diária, apoio e crescimento. Agradeço por esses cinco anos, pelas opiniões diferentes e construção de pensamentos e críticas ao mundo jurídico.

Ao meu chefe, Roberto Duarte Butter, para mim um exemplo de profissional no mundo jurídico, por todo apoio, atenção e preocupação. Muito obrigada pelos seus ensinamentos, sobretudo, no meu último ano de faculdade.

À minha orientadora, Rachel Nigro, por aceitar me orientar nesse trabalho e despertar o meu interesse no tema. Muito obrigada por todo o material fornecido, os conselhos e dicas. Todos foram muito apreciados e valiosos para a conclusão desse estudo.

RESUMO

EGGER, Alice Catão. **O “Estado de Coisas Inconstitucional” do Sistema Penitenciário Brasileiro no contexto do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: 2017: 68 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Parte-se da análise da técnica de decisão do “*estado de coisas inconstitucional*” proveniente da Corte Constitucional da Colômbia. Estuda o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 580.252/MS que contribui de forma inédita para a jurisdição constitucional ao reconhecer o *estado de coisas* das penitenciárias brasileiras e, propor um mecanismo alternativo à cultura patrimonialista dos danos morais, seja ele: a aplicação do instituto da remição da pena. Em seguida, evidencia a ascensão do papel do Poder Judiciário após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal e a sua legitimidade ao interferir na seara política, por meio da implementação e fiscalização de políticas públicas para superar o quadro de violações massivas e contínuas de direitos fundamentais decorrentes da omissão do Poder Público. Assim, estuda como o “*estado de coisas inconstitucional*” pode representar um novo marco na relação entre os três poderes, através de uma concepção de Democracia dialógica interinstitucional. Para o desenvolvimento das ideias apresentadas, utiliza pesquisa bibliográfica, incluindo legislação nacional, doutrina, artigos jurídicos e livros.

Palavras-Chave: Estado de coisas inconstitucional; Ativismo judicial; Políticas públicas; Separação de poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	13
1.1. Análise do Voto-Vista do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 580.252/Mato Grosso do Sul	13
1.2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal	27
CAPÍTULO 2 - DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL: ALCANCE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	33
2.1. A Multidimensionalidade do “ <i>Ativismo Judicial</i> ”	36
2.2. O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico do Estado de Coisas Inconstitucional	43
2.3. Críticas Formuladas e Respostas de Legitimidade	46
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

LISTA DE ABREVIações

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

ECI – Estado de Coisa Inconstitucional

INFOPEN – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

LEP – Lei de Execução Penal

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

“Para navegar contra a corrente são necessárias condições raras: espírito de aventura, coragem, perseverança e paixão.”

Nise da Silveira

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu, com o processo de redemocratização após os anos do regime de exceção vivenciado pelo País, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88). O sistema carcerário brasileiro, porém, há décadas é marcado por episódios que revelam uma realidade de precariedade e total abandono pelas autoridades públicas, violando o princípio da dignidade humana.

São inúmeros os fatores que levam à crise carcerária brasileira. A omissão do Poder Público frente ao compromisso de implementação de políticas públicas, a fim de garantir condições mínimas de vida aos presos e de tornar efetivo o ideal modelo carcerário, no que tange às suas características funcionais e operacionais, é o fator de destaque no presente trabalho.

Nesse contexto de condições precárias e superlotação dos estabelecimentos carcerários, a finalidade da pena privativa de liberdade, de ressocialização dos internos e sua reinserção na sociedade, é deturpada. As instituições prisionais, dominadas por facções criminosas, tornam-se uma verdadeira “escola do crime”. O abandono estatal dos presos à sua própria sorte lesa, de modo irreparável, as vidas dos que ali cumpriram sua pena e, para tantos outros que conseguiram sobreviver, no que tange à integridade física, psíquica e moral.

Entretanto, no presente trabalho, não tratarei das inúmeras pesquisas que fazem uma análise minuciosa da crise carcerária. Limitar-me-ei a abordar a realidade do sistema penitenciário tal como é descrito no Recurso Extraordinário 580.252 – com repercussão geral – processo em que se discute a responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes da superlotação carcerária.

O voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso inova no ordenamento jurídico brasileiro, ao apresentar proposta alternativa à reparação *in pecunia* e ao reconhecer o instituto do “*estado de coisas inconstitucional*”, posteriormente utilizado como fundamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

O instituto supramencionado tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, que dirigiu-se a proteger os direitos fundamentais¹. Na Sentença de Tutela – 153 de 1998 (T-153 de 1998) a Corte reconheceu o aludido *estado de coisas inconstitucional*, pela violação da dignidade e integridade pessoal dos presos de modo institucionalizado, decorrentes das péssimas condições das penitenciárias de Bellavista e Nacionales Modelo, localizadas, respectivamente, em Medellín e Santa Fé de Bogotá.

Entretanto, tal decisão abordou o sistema carcerário do país como um todo, à medida que a Corte Colombiana reconheceu que a superlotação, as graves deficiências de serviços públicos e assistenciais, o império da violência, extorsão e corrupção, a carência de meios para a ressocialização dos reclusos e sua reintrodução na sociedade, não eram problemas exclusivos daqueles estabelecimentos penitenciários, pelo contrário, revelavam a realidade carcerária colombiana. A conjuntura dos estabelecimentos penitenciários na Colômbia vai além da questão de ordem pública, para significar uma realidade de extrema gravidade social.

Nas palavras da Corte “*os cárceres são verdadeiras escolas do crime, geradoras de ócio, violência e corrupção*”², configurando um lamentável quadro de violação generalizada, contínua, sistemática e maciça

¹ Em um primeiro contexto, a Corte declarou o Estado de Coisas Inconstitucional na *Sentencia de Unificación (SU) – 559/1997*, a qual decidiu sobre os direitos previdenciários dos professores colombianos; em seguida a questão penitenciária colombiana na *Sentencia de Tutela nº 153/1998*; e, posteriormente, no deslocamento forçado de pessoas por conta da violência desencadeada pela ação de grupos armados na *Sentencia T-025/2004*.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025/2004*. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

² COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-153/1998 de 28/4/1998*. Disponível em: <<https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561621>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

dos direitos fundamentais da população carcerária vulnerável frente à omissão do poder público.

A decisão pioneira da Corte Colombiana estabeleceu determinados pressupostos imprescindíveis à invocação do *estado de coisas inconstitucional*: i) a violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais que afeta um número amplo e indeterminado de pessoas; ii) a omissão reiterada das autoridades públicas quanto à garantia dos direitos fundamentais e, a conseqüente incapacidade em reverter o quadro objetivo de inconstitucionalidade, uma verdadeira “falha estatal estrutural”; iii) a atuação coordenada de órgãos e entidades do poder público para a adoção de medidas complexas, necessárias à superação do quadro de violação de direitos; e iv) a potencialidade de congestionamento da justiça³.

A Corte Constitucional da Colômbia é reconhecida por ser um dos tribunais constitucionais com atuação significativa na defesa dos direitos humanos. A constatação do *estado de coisas* permitiu ao Tribunal a construção de soluções estruturais voltadas à superação das graves e sistêmicas violações à Constituição, através da imposição aos poderes do Estado a adoção de medidas que viabilizem a superação das violações dos direitos fundamentais, além da supervisão e efetiva implementação de tais medidas.

Diante do panorama atual do sistema carcerário brasileiro, de total inaplicabilidade dos direitos da população carcerária, o Supremo Tribunal Federal invocou a categoria do “*estado de coisas inconstitucional*” como mecanismo de intervenção jurisdicional.

O Recurso Extraordinário e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, supramencionados, convocaram o Supremo Tribunal Federal a cumprir sua função na concretização dos direitos fundamentais,

³ O elevado número de afetados transforma a violação de direitos em demandas judiciais, acarretando no congestionamento da máquina judiciária. Com o objetivo de resguardar a funcionalidade da justiça, busca-se resolver a situação de uma única só vez, alcançando o maior número de afetados possível.

em vista da ineficiência crônica do poder público na implementação de políticas públicas direcionadas ao sistema carcerário brasileiro.

Tal ação do Supremo foi logo criticada, devido às tensões de legitimidade existentes entre democracia e cortes constitucionais, haja vista que juízes não são eleitos pelo voto popular e, portanto, lhes carece a legitimidade para atuar na coordenação de políticas públicas. Essas críticas também se fundamentaram no princípio da separação dos poderes, ao argumento de que o STF estaria interferindo nas competências exclusivas dos demais poderes – Executivo e Legislativo.

Este trabalho buscará mostrar que a aplicação do *estado de coisas inconstitucional* como técnica de decisão das cortes e juízes constitucionais, voltada à tutela de direitos fundamentais, é uma afirmação da legitimidade do ativismo judicial. Contudo, conforme argumenta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o “*ativismo judicial estrutural praticado, com a declaração do ECI, apenas pode ser legítimo se for dialógico*”⁴.

Nesse contexto de embate entre os três poderes, onde o STF é frequentemente acusado de invadir as competências dos demais poderes, os objetivos do presente trabalho, são: i) analisar o reconhecimento e a declaração do *estado de coisas* contrário à Constituição Brasileira, pelo STF, para, excepcionalmente, atuar diretamente na formulação de políticas públicas, bem como fiscalizar a sua efetividade, como forma de equacionar as violações contínuas e massivas dos direitos dos presos; ii) e analisar as diversas críticas suscitadas a partir de tal tese, em relação ao ativismo judicial no STF, principalmente, no tocante à tradicional teoria da separação dos Poderes e à sua legitimidade para atuar na seara política.

No primeiro capítulo, analiso o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 580.252 do Mato Grosso do Sul, que ao invocar o conceito de *estado de coisas inconstitucional* frente à realidade

⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 21-22.

carcerária brasileira, apresenta a remição da pena como mecanismo alternativo à reparação dos danos morais decorrentes da omissão do Poder Público. Em seguida, demonstro a importância do reconhecimento desse *estado de coisas* contra a Constituição, utilizado como fundamento para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 do Distrito Federal, por meio da qual busca-se a implementação de medidas para erradicar o problema, conjuntural e sistêmico, dos estabelecimentos penitenciários brasileiros.

No Capítulo II, ocupo-me a abordar o ativismo judicial sob uma perspectiva multidimensional e, em seguida, do enquadramento da declaração do *estado de coisas inconstitucional* como forma de intervenção judicial na sua dimensão estrutural e da sua legitimidade democrática e institucional, desde que o Supremo atue a partir de um viés dialógico, sob pena de disfunções institucionais decorrentes do risco da supremacia judicial.

Por fim, em sede conclusiva, fixo a ideia que, diante a uma perversa realidade nos cárceres brasileiros, restando flagrante a violação dos direitos fundamentais e humanos dos encarcerados, previstos na Constituição Federal, indiscutivelmente a postura ativista da Corte Suprema se faz necessária, sob pena de sua auto contenção implicar na seletividade dos direitos humanos. Além da consequente admissão de que o Estado pode violar a dignidade dos presos, situação essa incompatível com o Estado Democrático de Direito.

O marco constitucional de 1988 teve como um dos efeitos mais visíveis a ascensão institucional do Poder Judiciário, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, à medida que o Poder Constituinte através de sua soberania o incumbiu como guardião da Constituição Federal. Portanto, não se pode admitir a passividade da Corte Constitucional diante das ofensas à Constituição e aos direitos nela estabelecidos, justificando, nesses casos, o seu comportamento ativista.

CAPÍTULO 1 - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

1.1. Análise do Voto-Vista do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 580.252/Mato Grosso do Sul

O voto-vista no Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul, objeto de análise desse capítulo, ao reconhecer o “*estado de coisas inconstitucional*” no sistema penitenciário brasileiro, tem por objetivo ajudar a superar a crise carcerária institucional, por meio de uma solução inovadora quanto aos aspectos da responsabilidade civil do Estado e o seu dever de indenização pelos danos morais causados aos presos.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral sobre o tema na seguinte tese:

[p]ossui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária⁵.

Inclusive, há diferentes ações⁶ tramitando na referida Corte a respeito do tema central, qual seja: a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais sofridos pelos presos, submetidos a condições desumanas, degradantes e de superlotação nas penitenciárias brasileiras.

O caso concreto consiste na ação ordinária ajuizada pela Defensoria do estado Mato Grosso do Sul pleiteando a condenação do Estado por danos morais, no valor de um salário mínimo mensal, sofridos pelo recorrente, por ter sido submetido a tratamento degradante, fruto da superlotação carcerária e péssimas condições estruturais do presídio,

⁵ STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 5.

⁶ Dentre as ações em trâmite no STF, resalto a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.170 de relatoria da Ministra Rosa Weber a respeito do sistema penitenciário brasileiro e suas deficiências, acarretando danos morais aos detentos.

enquanto cumpria pena privativa de liberdade na penitenciária de Corumbá (MS).

O acórdão recorrido, objeto do recurso extraordinário, reformou o acórdão da apelação, o qual condenou o Estado a pagar dois mil reais a título de reparação por danos morais, para julgar improcedente o pedido, ao fundamento de ser necessária a implementação de políticas públicas para solucionar o problema penitenciário.

Entre os direitos constitucionais violados dos presos, a Defensoria Pública alegou a violação dos incisos III, X, XLIX do artigo 5º, da Constituição Federal sejam eles: ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano e degradante; são invioláveis a intimidade, a vida privada, honra e imagem, assegurando o direito material e moral; é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Além de sustentar a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal, pela submissão dos detentos a tratamento desumano, e o afastamento da cláusula da reserva do possível, tendo em vista a obrigação do Estado em garantir condições dignas aos internos.

O Ministro Relator Teori Zavascki em seu voto - que fora acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes - reconheceu a responsabilidade estatal de caráter objetivo (artigo 37, §6º da Constituição Federal); a não incidência da cláusula da reserva do possível no âmbito da responsabilidade civil, mas somente nos direitos constitucionais sociais, os quais dependem da adoção de políticas públicas; bem como o dever de reparação para a não perpetuação da situação desumana nos cárceres, para assim fixar o dever do Estado em garantir os padrões de humanidade nas penitenciárias e *“ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais do encarceramento”*⁷.

⁷ STF, RE 580.252, Voto Rel, Ministro Teori Zavascki, Brasília, 04 dez. 2014. p. 10.

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o voto do relator para reconhecer, no caso concreto, o dever estatal em reparar o preso submetido às péssimas condições e à superlotação prisional. Caso contrário estaria negando a uma minoria estigmatizada a titularidade de seus direitos mais elementares, isto é: *“legitima[ndo] uma concepção desigualitária a respeito da dignidade humana, que nega aos presos o seu valor intrínseco, como se não tratasse de seres humanos”*⁸.

Contudo, inova e propõe um mecanismo diverso da reparação pecuniária para a solução do problema que consiste na remição da pena em razão do número de dias submetidos àquelas condições. Ou seja, se dá como cumprida parte da pena pelo cumprimento da mesma em estabelecimentos prisionais calamitosos, como será detalhado adiante.

Isto, porque diante da natureza estrutural e sistêmica da crise no sistema prisional brasileiro, proveniente da *“deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas”*⁹, seria pouco efetiva a indenização pecuniária pelos danos morais suportados pelos presos, uma vez que as más condições carcerárias perpetuariam.

O Ministro aponta uma maneira de não endossar uma concepção seletiva de respeito à dignidade humana, que vem rejeitando o valor intrínseco do preso, posto que, a reparação monetária gera um ciclo vicioso à medida que acarreta em mais demandas idênticas, com condenações dos Estados, o que, por via reflexa, ao invés de erradicar ou diminuir as violações, tende a agravá-las ou perpetuá-las. Os exíguos recursos que potencialmente poderiam ser investidos para remediar a atual crise prisional estariam sendo revertidos para as indenizações.

Antes de adentrar no mecanismo alternativo de remição proposto pelo Ministro Barroso, ele analisa, brevemente, a natureza sistêmica do problema prisional brasileiro. Segundo o Novo Diagnóstico de Pessoas

⁸ STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015.

⁹ *Ibid.*, p. 8.

Presas no Brasil, divulgado em junho de 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁰, e o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN de dezembro de 2014¹¹, o Brasil conta com a quarta maior população penitenciária do mundo, excluindo as prisões domiciliares, cuja inclusão lhe concederia o terceiro lugar nesse “ranking”, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia.

Não obstante a cultura de hiperencarceramento no Brasil, os presídios do país apresentam más condições em suas estruturas e instalações prisionais (celas insalubres, sem ventilação, iluminação e saneamento de esgoto adequado), precariedade na assistência material (higiene básica), social (carência de assistência educacional), jurídica, e à saúde (falta de atendimento médico e medicamentos). Além dos casos de violência física e sexual, homicídios, maus tratos, tortura e corrupção, o que acarreta em consequências, como: i) a realimentação da criminalidade e da violência; e ii) as estatísticas de reincidência, pela incapacidade de o sistema promover a ressocialização.

O colapso do sistema prisional afronta grave e diretamente a Constituição Federal de 1988, a Lei de Execução Penal e os tratados internacionais sobre matérias de direitos humanos nos quais o Brasil é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica. Diante desse *estado de coisas*, o atual sistema punitivo é incapaz de garantir a função própria da pena criminal: retribuição, prevenção e ressocialização.

Pelo contrário:

Mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação da liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade¹².

¹⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹¹ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹² STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 14.

Sobre o tema, Daniel Sarmento saliente que “*o drama carcerário é a mais grave questão de direitos humanos do Brasil contemporâneo.*”¹³

As prisões brasileiras – que já foram descritas pelo Ministro da Justiça, sem nenhum exagero, como “*masmorras medievais*” – 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, à seguridade social 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. Há mulheres em celas masculinas e outras que são obrigadas a dar à luz algemadas¹⁴.

A crise do sistema prisional não se demonstra apenas no Brasil, é um fenômeno de caráter global, que exige o desenvolvimento de novas medidas e novas perspectivas sobre o papel que a jurisdição constitucional pode desempenhar para o enfrentamento dessa crise carcerária instituída em diversos países.

Há muita similitude entre as condições políticas e sociais do Brasil e da Colômbia. São correntes e institucionalizados problemas quanto à violação generalizada de direitos fundamentais em ambos os países.

A Colômbia, frente ao desafio de promover mecanismo de intervenção jurisdicional, apto a enfrentar as falhas estruturais em políticas públicas, que acarretam violações massivas e contínuas de direitos humanos decorrentes da omissão dos Estados, desenvolveu o conceito “*estado de coisas inconstitucional*” através da sua Corte Constitucional, que seguiu a mesma linha da Corte Europeia de Direitos Humanos e do judiciário norteamericano.

¹³ SARMENTO, Daniel. *Constituição e a sociedade: as masmorras medievais e o Supremo*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹⁴ *Ibid.*, Acesso em: 27 mar. 2017.

A Corte Constitucional Colombiana ao constatar o *estado de coisas* contrário à Constituição, atua diretamente na formulação de políticas públicas, ao impor às instâncias a adoção de medidas que visem a superação daquelas violações.

Estabelece-se a mais abrangente atuação do judiciário, à medida que a atuação jurisdicional ultrapassa a prolação de uma decisão, a qual se protraí no tempo para que as diversas autoridades sigam as determinações da Corte Constitucional.

À semelhança do caso colombiano, o tratamento desumano e as condições indignas de vida dos presos são evidentes no sistema penitenciário brasileiro.

Nesse sentido, o Ministro Barroso reconhece a complexidade da crise carcerária, cujo enfrentamento demanda a atuação conjunta dos três poderes e evidencia o papel da jurisdição constitucional, qual seja: garantir os direitos de qualquer cidadão, inclusive dos presos, e de provocar os demais poderes para adoção de medidas concretas e eficazes, com o fim de atacar as três principais causas da crise do sistema penitenciário, a saber: i) superlotação; ii) hiperencarceramento; iii) deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.

Primeiramente, o Ministro propõe seis medidas para diminuir de imediato a superlotação – considerada a “mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”, conforme a CPI da Câmara dos Deputados¹⁵: i) construção de unidades prisionais; ii) oferta de vagas aos

¹⁵ “[C]elas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas (...) Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade.”.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. (Série ação parlamentar; n. 384). Brasília: Câmara dos

detentos, com direito subjetivo à progressão de regime ou condenados inicialmente no regime semiaberto; iii) *“fim do uso excessivo e desproporcional da prisão provisória”*¹⁶, a partir da exigência de fundamentação dos juízes, de audiências de custódia e da política de incentivo à monitorização eletrônica ao invés da prisão provisória; iv) incentivo à aplicação de penas alternativas à pena privativa de liberdade; v) aumento da celeridade do processo penal; e vi) efetividade do acesso à justiça pelos acautelados.

Em segundo lugar, o Ministro ressalta a necessidade de rompimento com a mentalidade do hiperencarceramento pela sociedade, uma vez que essa lógica tem demonstrado ser cada vez mais falha, contribuindo de forma exponencial para o crescimento da população carcerária e produzindo efeito estigmatizante e degenerativo aos detentos.

É imprescindível a uma sociedade democrática a repressão penal como pressuposto da convivência em comunidade e da proteção de seus direitos. Contudo, o direito penal não pode se transformar em um instrumento provocador de violações, é imperativo encontrar um ponto de equilíbrio, para que o direito penal seja aplicado *“sem excesso de tipificações, que geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados”*¹⁷, inclusive, porque a privação de liberdade deve ser medida de ultima *ratio*, conforme previsão constitucional.

As mazelas do sistema prisional brasileiro comprometem também a segurança da sociedade. Afinal, as condições degradantes em que são cumpridas as penas privativas de liberdade, e a “mistura” entre presos com graus muito diferentes de periculosidade, tornam uma quimera a perspectiva de ressocialização dos detentos, como demonstram as nossas elevadíssimas taxas de reincidência. Neste contexto, a prisão torna-se uma verdadeira “escola do crime” (...). Há, portanto, uma irracionalidade intrínseca no discurso conservador de “lei e ordem” no Brasil, que insiste em clamar por penas mais duras para combater a criminalidade. O êxito deste discurso no cenário político é responsável pela

Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 244. Disponível em:

<<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹⁶ STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 27.

¹⁷ Ibid., p. 29.

instauração de um perverso círculo vicioso, em que mais delitos geram demanda por maior encarceramento, que, ao se concretizar, aumenta a superpopulação das prisões, induzindo, por sua vez, o agravamento da criminalidade, em detrimento da própria segurança pública.¹⁸

Por fim, a superação das deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios tem consequência direta e imediata na realidade carcerária, como medida para cessar as condições desumanas e degradantes. Para tanto, o Ministro Barroso propõe: melhoria da estrutura física do presídio; separação dos presos por categorias (grau de periculosidade, primariedade, reincidência); contratação de agentes penitenciários capacitados; melhoria na assistência material, laboral, educacional, à saúde, ao egresso, à mulher; e a melhoria da gestão das penitenciárias por meio de monitoramento do sistema, acompanhamento da execução penal, criação de ouvidoria para reclamações, o fim das vexatórias de familiares, a fim de garantir condições dignas aos presos e preservar a segurança do presídio.

Assim sendo, de acordo com o Ministro Barroso, a formulação de nova política prisional exige:

Que cada um dos poderes e instituições envolvidos reconheça a gravidade da situação e suas responsabilidades em seu enfrentamento, abandonando a inércia que caracterizou a política penitenciária por tantas décadas¹⁹.

Em outras palavras, os três poderes devem atuar conjuntamente, em consonância com as previsões constitucionais para garantir condições mínimas nos estabelecimentos prisionais.

Em seguida, após a elucidação da realidade do cárcere brasileiro, o Ministro Barroso analisa o caso concreto, subdividido-o em dois quesitos: i) o primeiro acerca da responsabilidade civil do Estado pelos danos morais decorrentes das condições desumanas ou degradantes nas penitenciárias; ii)

¹⁸ SARMENTO, *Constituição e a sociedade: as masmorras medievais e o Supremo*. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹⁹ STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 34.

e o segundo, a possibilidade de evocar a teoria da reserva do possível para eximir o Estado de tal responsabilidade.

O Ministro conceitua o dano moral como violação à dignidade da pessoa humana, assegurada pela Constituição de 1988 como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CF/88), aplicando a metodologia civil-constitucional assentada na doutrina majoritária:

O dano moral tem como causa a *injusta* violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana)²⁰.

Contudo, o Ministro ressalta que o dano moral deve ser concebido além da perspectiva abstrata, isto é, não há como admitir afirmações genéricas da crise do sistema carcerário para invocar a indenização de danos morais. A lesão à dignidade humana deve ser comprovada para que o dano moral seja indenizável.

No caso concreto, a violação a direitos fundamentais do recorrente é incontroversa diante da situação alarmante de superlotação e precariedade das condições do estabelecimento prisional de Corumbá, enquadrando o Estado na definição do regime da responsabilidade civil por danos morais.

No que tange a responsabilidade civil do Estado consagrada pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988 na modalidade objetiva, a doutrina majoritária entende que a responsabilidade civil do Estado segue a teoria do risco administrativo. Ou seja, a conduta comissiva do Estado prescinde do elemento culpa, desde que presente o nexos causal entre a conduta estatal e o dano sofrido. Já a conduta omissiva dos agentes estatais o elemento culpa deve ser comprovado – responsabilidade subjetiva.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil- constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132-133.

O Ministro Barroso, porém, entendeu que a responsabilidade civil do Estado no caso em concreto é diferenciada, tem caráter eminentemente objetiva, uma vez que o poder público tem conhecimento das condições desumanas do encarceramento, além de assumir

Uma posição especial de garante em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação da liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida²¹.

O dever do Estado em indenizar resta comprovado pelo nexo de causalidade “entre a insuficiência das políticas públicas prisionais adotadas e a violação à dignidade do recorrente”²² e o dano moral.

A teoria da reserva do possível²³ suscitada pelo poder público para se eximir do dever de indenizar o recorrente pelos danos sofridos, ao argumento de que o Estado não possui capacidade material-financeira para evitar as atuais condições carcerárias, é afastada pelo Ministro pelas seguintes razões: i) as políticas públicas adotadas pelo Estado seguem a lógica da justiça distributiva, contudo, ao se tratar de responsabilidade civil é necessário estabelecer de imediato o equilíbrio que foi prejudicado, baseado na justiça comutativa; ii) o Estado não pode se exonerar de suas obrigações de modo que os direitos fundamentais garantidos pela Carta constitucional sejam anulados e/ou relativizados; iii) o valor intrínseco do

²¹ STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 38.

²² Ibid., p. 39.

²³ Segundo a teoria da Reserva do Possível, a efetividade dos direitos fundamentais está condicionada às possibilidades financeiras dos cofres públicos. Isto, porque não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, de modo que cabe aos órgãos de representação dos cidadãos – dos poderes Executivo e Legislativo – elegerem as políticas públicas a serem perseguidas. Contudo, o Estado em diversos feitos, se escusa do seu dever de provedor das necessidades da sociedade, representadas pelos direitos fundamentais, inclusive, na garantia das mínimas condições nas penitenciárias, invocando o princípio da “reserva do possível”, como meio de restringir a responsabilidade estatal. A sua utilização como limitadora de um direito constitucional deve conter uma motivação pormenorizada, baseada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que justifique o não atendimento do mínimo existencial do ser humano.

ser humano deve prevalecer às preocupações financeiras dos Estados, baseado na concepção antiutilitarista e imperativo categórico de Kant²⁴.

A solução proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso inédita na sua jurisprudência consiste na reparação não pecuniária do dano moral, fundamentada na ineficácia da compensação *in pecunia* dos danos extrapatrimoniais, uma vez que o preso continuaria exposto às mesmas péssimas condições de outrora.

A reparação dos danos morais no direito brasileiro ainda se limita à lógica patrimonialista. Contudo, este meio se revela cada vez mais ineficaz, à medida que os bens são essencialmente diversos em sua natureza e valor, somado à tendência à precificação do direito da dignidade da pessoa humana. Diante disso, é necessária a busca de medidas alternativas à reparação pecuniária dos danos morais.

Sobre o tema, Anderson Schreiber:

A redução última da lesão a interesse extrapatrimonial a uma quantia monetária corrobora a tese daqueles autores para os quais a responsabilidade civil atua como paradoxal instrumento de mercantilização, quantificando o inquantificável. (...) As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação. Tais meios não necessariamente vêm substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação²⁵.

O Ministro Barroso utiliza-se da possibilidade da reparação *in natura*, cujo objetivo não é o de compensar monetariamente a lesão sofrida, mas visa recuperar as condições mínimas de dignidade suprimidas durante

²⁴ Immanuel Kant desenvolveu o imperativo categórico como conceito central de sua filosofia moral que trata dos deveres. Um imperativo seria qualquer proposição que declara uma determinada ação como necessária, o imperativo categórico são as máximas que seriam aceitáveis como lei universal, que não podem ser desobedecidas, não importando as circunstâncias, é um fim em si mesmo. Ou seja: nenhuma outra finalidade pode justificar a desobediência do imperativo categórico, o qual, inclusive, não carece de qualquer outra justificação.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. Atlas, 2013. p. 196.

o cumprimento da pena, uma vez que se torna impossível reconstruir os efeitos indesejáveis do dano moral e, de forma subsidiária, a reparação pecuniária seria aplicada.

Nessa linha, o mecanismo proposto para a responsabilização do Estado e solução do problema qualitativo e quantitativo da indenização, é a remição de parte do tempo da execução da pena (instituto previsto pelo artigo 126 da Lei de Execuções Penais²⁶) para o acautelado que faz jus aos danos morais:

Vale dizer: a cada 'x' dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a 'indenização mede-se pela extensão do dano', variável 'x', isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento²⁷.

A remição da pena como meio indenizatório por mais que inédita no sistema normativo brasileiro, é plenamente aplicável, seja sob a sua lógica estruturante, sob sua forma e modo de execução.

Pela lógica estruturante, as condições calamitosas dos cárceres brasileiros agravam a pena cominada abstratamente, pois viola a integridade física e moral do preso. A solução proposta tem por objetivo restabelecer a proporção entre o delito e a pena e, portanto, compensar os danos morais. Quanto à forma, a remição da pena consiste em um mecanismo de reparação *in natura* – a liberdade antecipada cessa as violações suportadas pelo detento e, restitui o “bem da vida lesionado”.

O artigo 5º, inciso V e X da Constituição, prevê a indenização por danos morais sem, contudo, especificar o meio para isto, de modo que a busca de mecanismos para tutelar os interesses extrapatrimoniais é

²⁶ Art. 126, da LEP: O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo da execução da pena.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²⁷ STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 46-47.

imperativo constitucional, assegurando de forma efetiva o princípio da reparação integral dos danos sofridos e a dignidade da pessoa humana.

Como afirmou Anderson Schreiber: “*seria absurdo que a tutela dos interesses mais relevantes da ordem jurídica se concretizasse por instrumento de menor amplitude e efetividade*”²⁸. O próprio direito civil, patrimonialista por excelência, prioriza o cumprimento *in natura* em detrimento da pecúnia, nos termos do artigo 947 do Código Civil²⁹.

A remição proposta por Barroso “*deverá ser executada a partir do mesmo modus operandi da LEP*”³⁰, conforme o instituto da remição penal previsto no artigo 126, porém a solução não se confunde com o instituto, haja vista que este tem como fim ressocializar o detento através do trabalho ou do estudo.

A adoção de tal mecanismo traz benefícios ao sistema prisional: reduz a superlotação, mantém o equilíbrio dos gastos públicos, possibilita a efetiva responsabilização dos estados e, mesmo assim, garante a capacidade de investimento na melhoria desses setores, com o objetivo de minorar as violações aos direitos dos presos.

O pedido de indenização não pecuniária pelos danos extrapatrimoniais deverá ser pleiteada ao Juízo da Execução – nos termos do artigo 66, incisos III, alínea c, inciso VII e inciso VIII, da Lei de Execução Penal³¹, que preveem a competência deste juízo para garantir as condições adequadas nas penitenciárias – por razões de ordem prática, quais

²⁸ SCHREIBER, Anderson. Reparação não Pecuniária dos Danos Morais In: *Direito Civil e Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013. p. 215.

²⁹ Art. 947, CC - Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

³⁰ STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 50.

³¹ Artigo 66. Compete ao juiz da execução:

III – decidir sobre:

c) detração e remição da pena

VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade.

VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei.

BRASIL. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. Acesso em: 20 mar. 2017.

sejam: garantia da fixação da indenização, visto que o juiz da execução é mais apto a aferir as condições dos estabelecimentos prisionais; uniformização dos critérios indenizatórios; e garantia da efetividade à medida.

Além disso, a possibilidade de aplicar o mecanismo de remição – aos presos definitivos e provisórios – exige o pressuposto da reminiscência de tempo a ser cumprido, seja no regime fechado, semiaberto ou aberto e independente do eventual livramento condicional ou prisão domiciliar.

Por fim, o Ministro ressalta a necessidade dos juízes da execução analisarem as circunstâncias concretas e o nexo de causalidade com as condutas estatais para a efetividade da inserção da remição penal como medida de reparação aos danos morais.

Nessa linha, estabelece que o Supremo Tribunal Federal deverá fixar balizas a fim de que a atuação dos juízes se baseie nesse critério, qual seja: o tempo de remição de 1 dia de pena a cada 3 a 7 dias de encarceramento submetido às condições desumanas e degradantes. Como se vê no trecho do voto:

Caso o Juiz da Execução entenda pela configuração dos danos morais no caso, caberá a ele a fixação da razão entre dias cumpridos em condições degradantes e dias remidos, de acordo com a extensão dos danos suportados pelo preso. Entendo, porém, que é razoável – e mesmo desejável – que este Tribunal fixe quocientes mínimo e máximo de remição da pena, de modo a criar balizas para a atuação dos juízes e permitir que a redução da pena confira uma reparação efetiva ao detento, tendo um impacto mensurável sobre o tempo de prisão. Essa técnica me parece mais correta do que a fixação de um quociente único por meio do qual a remição se opere. Tal remição automática seria incompatível com a ideia básica de que a métrica da responsabilização civil é a extensão do dano, e, ainda, com o princípio da reparação integral, que somente é possível a partir da análise individualizada das condições da pessoa lesada³².

Nesse sentido, proponho, em primeiro lugar, que o quociente máximo, aplicável aos casos de maior violação à dignidade humana, seja de 1 dia de remição para cada 3 dias de cumprimento de pena em condições degradantes, em analogia ao art. 126 da LEP. Já com relação ao quociente mínimo, (...) parece evidente que este quociente não pode ser fixado em razão menor do que aquela que tem sido empregada para a remição da pena pela leitura, sob pena de barateamento da

³² STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 57.

dignidade do preso. Afinal, não se pode admitir que a compensação a que o preso faz jus pela submissão a condições desumanas de detenção seja menor do que a que ele obteria pela leitura de um livro. Segundo a Portaria Conjunta Depen/CJF no 276, de 2012, a remição pela leitura pode atingir o máximo de 4 dias por mês e 48 dias no prazo de 12 meses, o que representa a remição de 1 dia de pena para cada 7 dias de cumprimento de pena. Esta, portanto, deve ser a razão mínima a ser observada nos casos de violações de menor intensidade à dignidade humana dos presos³³.

A solução proposta encara o caráter estrutural e sistêmico das graves falhas do sistema carcerário, evidenciando que a omissão do Estado em garantir condições mínimas à dignidade humana dos presos é decorrente da deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas. Nesse sentido, a partir do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso constata-se que a dificuldade da crise carcerária brasileira é a própria mensuração das particularidades humanas: quantificar o inquantificável, presente tanto nos danos morais quanto na reparação *in pecunia*.

O voto-vista do Ministro Barroso invoca, como já mencionado, o conceito de “*estado de coisas inconstitucional*”, como desafio à integração dos três poderes através de um diálogo interinstitucional, com a finalidade de superar as graves disfunções do sistema prisional brasileiro analisadas em seu voto.

1.2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal

O estado de calamidade no sistema penitenciário brasileiro é reconhecido amplamente pelo Supremo Tribunal Federal, não só pelo Ministro Luís Roberto Barroso no voto do RE 580.252, mas também pelo Ministro Teori Zavascki, no mesmo recurso extraordinário, ao afirmar que “*em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis*”, de modo que “*os presos não têm direitos*”³⁴. Além do Ministro Celso de Mello que

³³ STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015. p. 57-58.

³⁴ STF, RE 580.252, Voto Rel. Ministro Teori Zavascki, Brasília, 04 dez. 2014.

reconheceu o “*descaso, negligência e total indiferença do Estado*”³⁵ à situação carcerária do país.

A Constituição Federal prevê mecanismos institucionais para superar as inconstitucionalidades presentes na realidade brasileira. Dentre eles o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) para superar a falta de norma regulamentadora pela omissão legislativa ou administrativa, impedindo o exercício dos direitos constitucionais; o recurso extraordinário, em que reconhecida a repercussão geral, a decisão do Supremo tem efeito *erga omnes*, de modo que o controle difuso pelo STF abrange litígios estruturais. Além da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, considerada como principal mecanismo para a superação do *estado de coisas inconstitucional*.

Conforme prevê o artigo 1º da Lei 9.882/1999 o objeto da ADPF consiste em “*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*”. As falhas estruturais e a realidade inconstitucional decorrentes da omissão generalizada e reiterada das autoridades políticas se encaixam na noção de ato do Poder Público. Outrossim, a violação massiva dos direitos fundamentais se enquadra na lesão a preceito fundamental. De fato, a ADPF é o instituto mais adequado para declarar o quadro inconstitucional e, conseqüentemente, superá-lo.

Nesse contexto de superlotação carcerária e da gravidade das condições desumanas as quais os presos são submetidos o partido político Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida cautelar nº 347 de relatoria do Ministro Marco Aurélio³⁶, objetivando seja reconhecido o conceito “*estado de coisas inconstitucional*”, para sanar as lesões aos preceitos fundamentais da Constituição que decorrem da omissão de políticas públicas.

³⁵ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

³⁶ STF, ADPF 347, Petição Inicial, Disponível em: <<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

Dentre as medidas urgentes e necessárias requeridas como pedido cautelar na ADPF 347 voltadas à promoção da melhoria das condições carcerária e à reversão do hiperencarceramento no Brasil, destaco a realização das audiências de custódia³⁷ pelo Poder Judiciário, como forma de superar a banalização das prisões provisórias, exigindo que o indiciado seja submetido a um juiz em 24 horas, “*para que este decida sobre a juridicidade da prisão*”³⁸. É direito fundamental da pessoa presa, detida ou retida ser conduzida, sem demora, à presença de um magistrado; até mesmo como forma de dar efetividade ao princípio da presunção de inocência³⁹, que norteia o direito penal e processual penal.

Outra medida formulada no pedido cautelar é a fundamentação expressa das decisões ao negarem a aplicação de medidas cautelares⁴⁰ penais alternativas à pena privativa de liberdade, devendo ter em consideração a realidade empírica do sistema carcerário brasileiro, além de concretizar o princípio da proporcionalidade na seara processual penal. O autor da ADPF requereu que os juízes e tribunais considerem a crise do sistema carcerário brasileiro ao aplicarem a pena privativa de liberdade.

Ainda como pedido na medida cautelar, o PSOL pleiteou que o Supremo determine ao Conselho Nacional de Justiça a coordenação de mutirão carcerário para revisar os processos de execução da pena. Destaco também o pedido de descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar programas que visam a humanização do sistema prisional.

³⁷ A audiência de custódia está expressamente prevista no artigo 9.3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica, ambos internalizados pelo Brasil com hierarquia de suprallegalidade.

³⁸ STF, ADPF 347, Petição Inicial, p. 55, Disponível em: <<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

³⁹ O princípio da presunção da inocência é previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

⁴⁰ As medidas cautelares foram introduzidas no artigo 319 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011.BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

No mérito, dentre os pedidos formulados, destaco para além da declaração do ECI do sistema penitenciário brasileiro, a elaboração de um plano nacional, no prazo máximo de 3 anos, para a superação da realidade inconstitucional dentro de 3 anos, e que o mesmo seja posteriormente submetido ao Supremo. O plano nacional deve objetivar a redução da superlotação carcerária e dos presos provisórios; a adequação das instalações e alojamentos aos parâmetros previstos na legislação; a garantia de assistência material, médica e educacional; alimentação adequada; acesso à justiça; capacitação dos agentes penitenciários e a eliminação dos maus tratos. Além do plano nacional, pleiteia a formulação de planos pelos Estados e pelo Distrito Federal e que o Supremo monitore todos os três planos: nacional, distrital e estaduais.

As medidas supramencionadas devem levar em consideração o *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário, por mais que sejam garantias dos presos previstas na legislação penal, bem como na Constituição Federal, de modo implícito. Contudo, conforme outro pedido na ADPF, o *estado de coisas* deve nortear impreterivelmente a aplicação e execução da pena, como forma de garantir o princípio da humanidade em um Estado Democrático de Direito, que veda a aplicação de penas cruéis (artigo 5º, XLIVII, alínea e, da CF/88).

Como bem destacou a petição inicial da ADPF 347, a vedação às penas cruéis não se limita às modalidades abstratas das penas consideradas cruéis, em verdade, trata-se do dever do Poder Judiciário em analisar a realidade da aplicação das penas, como “*as condições desumanas e indignas, em geral, da execução das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras*”⁴¹.

Nesse sentido, a invocação do conceito *estado de coisas inconstitucional* evidencia que “*uma pena abstratamente proporcional pode se tornar manifestamente desproporcional quando cumprida em*

⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 31.

condições muito mais gravosas do que aquelas estabelecidas pelo ordenamento”⁴² e, que, esse desajuste decorrente da crise carcerária no Brasil, deve ter atuação da jurisdição constitucional.

Todos os ministros do Supremo Tribunal Federal no Plenário da Medida Cautelar na ADPF nº 347/DF⁴³ reconheceram a violação dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, ante à inércia e omissão do Estado – União, Estados e Distrito Federal – nos três poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo). O Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente a Medida Cautelar para determinar a realização das audiências de custódia, para que o preso compareça perante a autoridade judiciária no prazo de 24 horas e determinou que a União libere o saldo do FUNPEN para que este concretize sua finalidade e, que se abstenha de realizar novos contingenciamentos.

A atuação da Corte se justifica diante da forte violação dos direitos fundamentais – a transgressão à dignidade humana e do próprio mínimo existencial. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF: “*a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente à situação de violação generalizada de direitos fundamentais*”⁴⁴.

No entanto, a atuação do Supremo Tribunal Federal não deve substituir os demais poderes, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes (cláusula pétrea – artigo 60, §4º, inciso III, da CF/88) e sim, o oposto, promover o diálogo entre os poderes e a sociedade, como buscarei desenvolver no Capítulo 2.

Em que pese o voto-vista do Ministro Barroso ter sido inédito na jurisdição constitucional, bem como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ao desafiarem os três poderes a estabelecerem um

⁴² STF, ADPF 347, Petição Inicial, p. 55, Disponível em: <<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁴³ STF, ADPF 347, Acórdão da Medida Cautelar, Distrito Federal, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello.

⁴⁴ Ibid., p. 13.

diálogo institucional, com o objetivo comum de superar a deficiência crônica de políticas públicas no sistema carcerário brasileiro, potencializando a proteção de direitos e garantias fundamentais, a invocação do conceito *estado de coisas inconstitucional* suscitou críticas por alguns constitucionalistas.

No próximo Capítulo abordarei os fundamentos das críticas à tese do *estado de coisas inconstitucional*, os quais abrangem uma análise do ativismo judicial do Poder Judiciário, sobretudo, no Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 2 - DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL: ALCANCE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 foi a principal responsável pelo “*renascimento do direito constitucional*” no Brasil, “*capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito*”⁴⁵.

O marco constitucional de 1988 culminou em grandes transformações institucionais, sócio-políticas e jurídico-culturais no País, dentre elas a ascensão institucional do Poder Judiciário, especialmente, as alterações quantitativa e qualitativa do espaço do Supremo Tribunal Federal no contexto constitucional.

Nesse cenário, “*o STF vem assumindo nos últimos anos uma enorme projeção política e social, sem precedente na história nacional, decidindo, com grande visibilidade, temas altamente polêmicos e centrais para a vida do país*”⁴⁶.

Em outras palavras, o Supremo adquiriu papel importante na condução do processo democrático brasileiro, implicando na transformação da dinâmica do arranjo institucional brasileiro e, inclusive, interferindo na formulação de políticas públicas.

De poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante do desenho institucional do Estado contemporâneo⁴⁷.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Temas de Direito Constitucional.*, 2005. p. 63-64.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Apresentação do Livro CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 15.

⁴⁷ Id., *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

Com fundamento no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, através de decisões criativas e interpretações expansivas das normas constitucionais, o STF vem ultimamente intervindo nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo, preenchendo “*vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes*”⁴⁸.

A este fenômeno se denomina “ativismo judicial”, o qual enseja, cada vez mais, o processo de intensa judicialização da política e das questões sociais.

A Corte tem resolvido muitos desses casos por meio de um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas, igualmente, expansivas de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas; ela expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais sob o pretexto de conformá-los à Constituição; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas. Isso tudo é ativismo judicial e, com o Supremo adotando essas medidas com frequência, a prática, ao menos do ponto de vista descritivo, tornou-se realidade incontestável de nosso arranjo político-institucional⁴⁹.

Relevante verificar que a judicialização e o ativismo não podem ser considerados como expressões sinônimas, embora deva ser ressaltada a proximidade entre elas, vez que ambas envolvem o conflito da interferência do Judiciário nas searas de atuação dos demais poderes, especialmente na concretização de direitos fundamentais mediante a intervenção em políticas públicas.

A judicialização da política, segundo Barroso, é um fato, decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil. A Constituição compromissória com os direitos fundamentais sociais permite a transferência de questões cruciais, políticas e sociais, das instâncias políticas tradicionais – Congresso Nacional e Poder Executivo – para o

⁴⁸ CAMPOS, 2014, p. 257.

⁴⁹ Ibid., p. 29.

Supremo Tribunal Federal, devido à expansão da ação judicial e do controle normativo. Contudo, não significa uma opção política do Poder Judiciário, mas sim uma contingência do país em cumprir as promessas do *welfare state*. Enquanto, o ativismo judicial, de forma resumida, é uma atitude, um valor e, portanto, o “*modo específico e proativo [do STF] de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance*”.⁵⁰ O modo proativo está associado à sua participação mais intensa na concretização dos valores e fins constitucionais.

O Ministro Luís Roberto Barroso atribui três causas principais da judicialização: a primeira delas – como já mencionado – a redemocratização do país com a promulgação da Constituição Federal em 1988, que ao consagrar direitos e garantias fundamentais, fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, ao lhe atribuir o papel de guardião da Constituição, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda se refere à constitucionalização abrangente de matérias, transformando, portanto, “Política em Direito”⁵¹. Ou seja, confere-se ao cidadão o direito de exigir uma prestação estatal através de uma ação judicial.

Nas palavras de Gisele Cittadino:

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito. É precisamente do fato de que são autores e destinatários do ordenamento normativo que decorre, portanto, o direito dos cidadãos de tomar parte na interpretação da Constituição, ampliando aquilo que Peter Häberle designa como “comunidade de intérpretes

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 6. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁵¹ *Ibid.*, Acesso em: 10 abr. 2017.

da Constituição”, ou, de outra forma, favorecendo o processo de “judicialização da política”⁵².

Por fim, a terceira causa está relacionada ao modelo misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil: controle difuso-concreto, pelo qual o juiz pode deixar de aplicar uma lei no caso concreto por entendê-la inconstitucional, e o controle concentrado-abstrato, o qual permite o ajuizamento de ações diretamente no STF.

Dessa forma, a trajetória do Supremo Tribunal Federal marcada, até o advento da Constituição de 1988, por desenhos institucionais de campos restritos, com baixo poder decisório diante das inconstâncias institucionais e do poder Executivo hipertrofiado e autoritário, caminhou para então ascensão do seu papel no processo de redemocratização do Brasil e, por consequência, na jurisdição constitucional.

2.1. A Multidimensionalidade do “*Ativismo Judicial*”

O tema ativismo judicial demonstra-se complexo, inclusive ante a falta de rigor na definição do conceito sob a perspectiva normativa. O discurso é variável, embora predomine a conotação negativa que decisão ativista seria sinônimo de decisão arbitrária. As críticas à judicialização da política, por vezes, ignoram “*os aspectos mais interessantes do processo de expansão do poder judicial o Brasil*”⁵³. Imperativo, portanto, a teorização do ativismo judicial para superar o problema da indefinição conceitual.

Nesse sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, tendo em conta a realidade decisória das cortes contemporâneas ao expandirem seu espaço institucional sobre os poderes políticos, sistematiza lições advindas dos diferentes cenários político-constitucionais do ativismo judicial no

⁵² CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. Alceu, v. 5, n. 9, p. 105-113. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

⁵³ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da suprema judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1250. Rio de Janeiro. FGV, 2009. p. 6.

mundo. Em seguida, o professor fixa diretrizes e premissas para, ao final, defini-lo a partir de uma abordagem multidimensional e, por via reflexa, desmitificar o caráter negativo atribuído a ele.

Primeiramente, verifica o núcleo comportamental do ativismo judicial, o qual consiste na expansão do poder decisório dos tribunais em relação aos demais órgãos. Em seguida identifica o espaço temático de desenvolvimento do ativismo, seja ele: as importantes questões constitucionais levadas à Corte, interferindo no processo político-democrático. Por consequência, a Corte adquire o papel de ator político – contudo, não significa que seja um órgão puramente político, pois “*os magistrados não tem vontade política própria*”⁵⁴. Além disso, o ativismo judicial pressupõe uma noção relacional, isto é, promove e remodela as relações entre as instituições puramente políticas e as cortes. Somado a isto, o ativismo judicial não se refere à legitimidade ou ilegitimidade *a priori* das decisões judiciais, o que significa dizer que a legitimidade ou ilegitimidade advém do exercício do poder judicial dentro dos seus limites institucionais no caso concreto.

Ademais, o ativismo judicial deve ser e é identificado por critérios qualitativos, ou seja, a deferência das cortes constitucionais para com os outros poderes não se restringe ao percentual de leis declaradas inconstitucionais (aspectos quantitativos)⁵⁵. Em contrário, deve ser

⁵⁴ BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 11. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁵⁵ Thamy Pogrebinski em seu livro “Judicialização ou Representação? – Política, direito e democracia no Brasil” concebe o ativismo judicial no STF a partir do critério quantitativo. Ou seja, a postura ativista da Corte se evidencia através dos binômios “constitucional – inconstitucional” e “ação deferida – ação indeferida”. A partir da análise feita em seu livro conclui ser inexpressivo o número de decisões declarando a inconstitucionalidade de leis promulgadas pelo Congresso Nacional e que, pelo contrário o STF confirma, em grande parte, a constitucionalidade de leis através do controle concentrado. Lênio Streck em seu artigo “O que é isto, o ativismo judicial, em números?” entende que a noção de ativismo judicial não se reduz ao critério do controle abstrato-concentrado como defendido por Thamy. Em contrário, a declaração ou não de um ato normativo como inconstitucional não significa, necessariamente, uma postura ativista do Poder Judiciário. Além disso, ressalta que o ativismo judicial é muito mais significativo no plano do controle difuso, principalmente, os milhares Recursos Extraordinários e Mandados de Segurança no STF. Para Lênio, a tese de Thamy apresenta uma parcela do problema, à medida que “[a]penas demonstra, por números de ações em controle concentrado, que, olhando, os resultados dos julgamentos do

estendida a critérios qualitativos, como o controle material das emendas constitucionais. O ativismo é, ainda, compreendido pelo seu caráter dinâmico, à medida que varia sempre em função de cada estrutura constitucional, política, cultural e institucional. Desse modo, diversos fatores de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural moldam o ativismo judicial.

Por fim, o professor propõe a multidimensionalidade das decisões ativistas, as quais apresentam diferentes dimensões. Dessa forma, “*o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação*”⁵⁶.

Destarte, há múltiplos indicadores do ativismo judicial, de modo que o professor estabelece cinco premissas do ativismo judicial, para então definir o ativismo a partir de uma perspectiva multidimensional. Sejam elas:

i) a primeira premissa diz que o ativismo judicial é uma questão de *postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito* dessas decisões judiciais; ii) a segunda, o ativismo judicial *não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo*; iii) a terceira aponta o *caráter dinâmico e contextual* da identificação e da validade do ativismo judicial; iv) a quarta diretriz afirma a *pluralidade das variáveis* contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; v) e a última – e mais importante – é aquela que explica o ativismo judicial como uma *estrutura adjudicatória multidimensional*⁵⁷.

A partir dessas diretrizes define o ativismo judicial como:

o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados

STF, ele mais julga a favor do parlamento e do executivo do que contra, como se isso fosse uma simples contraposição de códigos.”.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

STRECK, Lênio. *O que é isto, o ativismo judicial, em números?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

⁵⁶ CAMPOS, 2014, p. 29.

⁵⁷ Ibid., p. 36.

fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias⁵⁸.

Melhor dizendo, o caráter multidimensional evidencia as diferentes experiências do ativismo judicial, vez que as decisões ativistas se manifestam por condutas judiciais distintas, no que diz respeito à intensidade e a sua forma de manifestação. A partir dessa perspectiva é possível identificar cada decisão, em seu particular, como ativista ou não ativista segundo o critério de cada dimensão.

A primeira dimensão do ativismo judicial, senão a mais importante, consiste na interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais pelos juízes ativistas, os quais assumem o papel de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais.

As cortes também se valem do ativismo para assumirem “*competências legiferantes reservadas, a priori*”⁵⁹, aos outros poderes, isto é, os juízes ativistas inovam no ordenamento jurídico, à medida que atribuem novos sentidos e significados às leis, a fim de garantir os princípios e valores constitucionais.

O ativismo judicial se manifesta, ainda, pela não deferência dos juízes às autoridades dos outros poderes e instituições, por exemplo, o controle exercido pelas cortes constitucionais sobre os atos dos demais poderes.

Importante vertente do ativismo judicial é a abordagem de direitos fundamentais pelas cortes constitucionais, o que demanda justificção para além do raciocínio jurídico, mas também axiológica e ética, para a melhor interpretação das normas constitucionais.

Os juízes ativistas expandem seu papel institucional através da ampliação jurisprudencial do acesso à jurisdição – autoexpansão de

⁵⁸ CAMPOS, 2014, p. 164.

⁵⁹ Ibid., p. 166.

jurisdição –, aumentando o grau de independência das cortes constitucionais em relação aos demais poderes políticos.

Além disso, os juízes ativistas não se restringem aos próprios precedentes, mas optam pela flexibilidade interpretativa para garantir o correto sentido das normas constitucionais.

As atuações ativistas se manifestam, também, através de decisões maximalistas, isto é, os juízes utilizam amplas regras e princípios para fundamentar tais decisões e guiar os resultados de casos futuros, assim como considerando justificações jurídicas, morais, filosóficas, econômicas e científicas.

As decisões que ao invés de serem fundadas em razões jurídicas, são nas preferências político-partidárias, caracterizam outra vertente do ativismo judicial. Contudo, os juízes ao decidirem contra o Direito para prestigiar interesses particulares demonstram a ilegitimidade dessa vertente.

A dimensão do ativismo judicial em relação ao exercício da soberania judicial deve ser concebida, aprioristicamente, como forma ilegítima do ativismo judicial, visto que as cortes atuam de modo expansivo e ambicioso, excluindo os poderes políticos.

A agenda das cortes constitucionais também é composta pelo controle que exercem sobre as políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, essa dimensão vai além do simples controle, e se manifesta na formulação e execução de políticas públicas nas áreas dos direitos sociais, econômicos, saúde, educação e sistema penal.

Destarte, a identificação de juízes e cortes como ativistas pressupõe o próprio conceito de ativismo judicial sob uma abordagem multidimensional, para analisar concretamente e sob as peculiaridades de cada decisão, devido à realidade complexa e multifacetada das decisões ativistas.

No Supremo Tribunal Federal, o autor sistematiza as dimensões do ativismo em cinco vertentes, sejam elas: i) dimensão metodológica; ii)

dimensão processual; iii) dimensão estrutural ou horizontal; iv) dimensão de direitos; e v) dimensão antidialógica.

A dimensão metodológica consiste na interpretação realizada pelo Supremo dos dispositivos constitucionais e legais, expandindo ou reduzindo os significados dos princípios abstratos para regular condutas concretas. “*O Supremo vem modificando a postura hermenêutica na direção de decisões mais criativas, valorativas e inovadoras de direitos*”⁶⁰ através de técnicas de interpretação das normas constitucionais e das leis infraconstitucionais conforme a Constituição; da declaração de nulidade parcial das leis; do controle da omissão legislativa constitucional, isto é, a lacuna legislativa decorrente da inércia do legislador; das decisões maximalistas⁶¹, nas quais o juiz atua por meio de amplas regras para o futuro e de justificações teóricas – quer jurídicas, quer morais, filosóficas e científicas – ambiciosas para seus resultados.

O ativismo judicial sob a sua dimensão processual se revela no Supremo Tribunal Federal, à medida que este “*amplia a própria participação na construção da ordem jurídica e democrática por meio da amplificação dos instrumentos processuais*”⁶². Dentre elas: a autoampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade; a busca pela amplitude do cabimento do instrumento da reclamação, permitindo o controle incidental de constitucionalidade; a amplitude do mandado de injunção nos casos concretos⁶³; a construção de súmulas vinculantes; e o uso irrestrito da repercussão geral⁶⁴.

⁶⁰ CAMPOS, 2014, p. 276.

⁶¹ O Supremo no julgamento da ADPF 132 (04 de maio de 2011) reconheceu a união estável homoafetiva. O relator Ayres Britto, acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso e pelas Ministras Carmem Lúcia e Ellen Gracie, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, para excluir qualquer significação do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade. Argumento, ainda, que o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 veda qualquer discriminação em virtude de raça, cor e que nesse sentido, ninguém pode ser diminuído em função de sua preferência sexual.

⁶² CAMPOS, op. cit., p. 305.

⁶³ O Plenário do STF em outubro de 2007, no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei regulamentando o

O Supremo evidencia, também, a dimensão estrutural ou horizontal, à medida que interfere nas decisões e nas áreas tradicionalmente reservadas aos demais atores políticos. Isto, devido ao seu avanço jurisprudencial, ao argumento de que as matérias têm implicações constitucionais, de modo que a Corte é legitimada para interferir e garantir a melhor interpretação da Constituição.

A dimensão do ativismo antidialógico no Supremo, como já salientado, deve ser refutada, vez que representa uma forma de ativismo aprioristicamente ilegítimo. A interpretação da Constituição não deve ser exercida exclusivamente pelo STF, mas sim a partir de uma construção coordenada entre os três poderes.

O ativismo judicial em sua dimensão sobre os direitos fundamentais está no centro da jurisprudência do Supremo. A Corte constitucional nas mais variadas decisões afirma os direitos fundamentais de modo categórico, expandindo os sentidos normativos da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade, solidariedade, e exigindo o Estado a concretização desses direitos, seja por deveres negativos ou por deveres positivos.

Desse modo, o STF confere primazia à garantia do mínimo existencial em relação aos interesses secundários do Estado, através de uma *vertente negativa*, fundada na liberdade e na dignidade, na qual a Corte interfere nas ações estatais; e uma *vertente positiva*, fundada na igualdade social e na garantia do mínimo existencial, em que o Supremo intervém sobretudo nas políticas públicas.

exercício do direito de greve dos servidores públicos e, aplicou a Lei Geral de Greve (Lei 7.783/89) no que couber à referida classe. O julgamento dos três mandados de injunção é considerado um divisor de águas na jurisprudência do STF sobre omissão legislativa, pois além de reconhecer a mora legislativa, estendeu os efeitos da decisão para além das partes do processo.

⁶⁴ “Além da súmula vinculante, outro instrumento relevante introduzido pela EC 45/2004 foi o da ‘Repercussão Geral’ (artigo 102, §3): requisito autônomo de cabimento de recurso extraordinário no qual, uma vez reconhecida e julgado o respectivo recurso, a decisão proferida deverá ser seguida pelos juízes e Tribunais de todo o país. Portanto, o novo instituto viabiliza a racionalidade decisória do sistema como mais um meio, além das ações de controle concentrado e da súmula vinculante, de ampliação e concentração do poder decisório do Supremo. O instrumento deve ser comemorado porque corrige o defeito estrutural do controle difuso, que era a falta de força vinculante do juízo de constitucionalidade da Corte”. CAMPOS, 2014, p. 313.

O Ministro Ricardo Lewandowski em 2015 afirmou ser dever do Poder Judiciário no século XXI ajudar a implementar, executar e fiscalizar políticas públicas. Nas suas palavras: “*essa era uma ideia impensável algum tempo atrás, mas hoje alguns juízes participam da formulação dessas políticas, especialmente na proteção das minorias desprotegidas*”.⁶⁵

Nesse sentido, a declaração do *estado de coisas inconstitucional* significa a intervenção judicial do Supremo Tribunal Federal no ciclo das políticas públicas, quando for indispensável para a superação das violações aos direitos constitucionalmente previstos.

Destarte, o que Carlos Alexandre de Azevedo Campos propõe é uma compreensão multifacetada do ativismo judicial, aplicada à realidade da jurisdição constitucional brasileira, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial passou a integrar a jurisdição constitucional brasileira, à medida que o Supremo Tribunal Federal há muito tempo, “*deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída – para assumir também um papel de destaque no cenário político*”⁶⁶, assegurando os direitos e garantias fundamentais.

2.2. O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico do Estado de Coisas Inconstitucional

A atuação judicial envolvida na declaração do ECI consiste em um exemplo destacado de ativismo judicial. Na perspectiva multifacetada do ativismo judicial proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, as diretrizes – a postura expansiva das cortes; a legitimidade e a

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/elaborar-politicas-publicas-papel-judiciario-dizlewandowski>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

⁶⁶ MOREIRA, Lucas Pessoa. *O Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos*. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2017.

multidimensionalidade do ativismo – são marcantes no “*estado de coisas inconstitucional*”.

A primeira – a postura expansiva do poder político normativo das cortes – porque o ECI é um exercício expansivo da autoridade judicial sobre as omissões do Poder Público, isto é, uma “*senha de acesso às tutelas estruturais*”⁶⁷. A segunda diretriz a respeito da legitimidade ou ilegitimidade do ativismo judicial é relevante no ECI, à medida que é contingente, ou seja, a legitimidade é contextual e depende da conformidade do exercício do poder judicial aos limites institucionais. Por último, a diretriz da multidimensionalidade, pela qual o ativismo judicial consiste em práticas decisórias multifacetadas, é evidente no ECI, devido às diversas dimensões reunidas.

Dentre as dimensões presentes no Supremo Tribunal Federal, sejam elas: metodológica, processual, estrutural, de direitos e antidialógica (supramencionadas no tópico anterior 2.1. “A multidimensionalidade do “*ativismo judicial*”), a tese do *estado de coisas* enquadra-se em todas.

A dimensão metodológica do ECI decorre da criação judicial da decisão com o objetivo de superar as omissões e falhas estruturais, uma vez que o conceito do estado de coisas não é previsto na constituição e na legislação infraconstitucional. O ECI é marcante na dimensão processual, uma vez que a Corte expande seu poder decisório, sem que haja previsão legal para tanto, promovendo resultados próprios.

Na dimensão estrutural do ativismo, o juiz não decide com deferência aos outros poderes pela exigência institucional do princípio democrático e da separação dos poderes. As omissões do Poder Executivo e Legislativo, bem como as razões políticas e empíricas dessas omissões estão sujeitas ao controle das cortes constitucionais. Dentro dessa perspectiva, a atuação da Corte não se refere à forma com que o juiz interpreta as normas constitucionais e infraconstitucionais (dimensão

⁶⁷ CAMPOS, 2016, p. 220.

metodológica), ou como utiliza os instrumentos de decisão (dimensão processual); mas sim como procede ante a inércia dos demais poderes. A postura passiva do juiz ante às inércias legislativas e administrativas caracterizaria a violação aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a dimensão estrutural do ativismo judicial é a que melhor caracteriza a invocação do estado de coisas, como se vê:

As cortes constitucionais atuam em esferas de ação próprias do Executivo e do Legislativo: identificam omissões e falhas estruturais; apontam a ineficiência ou mesmo a inexistência de políticas públicas e relacionam a violação massiva de direitos fundamentais a essas falhas; determinam sejam formuladas normas e ações administrativas dirigidas à superação da proteção deficiente de direitos fundamentais; direcionam a alocação de recursos orçamentários; monitoram a implementação das políticas determinadas, controlando o sucesso dos resultados das ordens que emanam. Enfim, as cortes assumem funções tipicamente legislativas e administrativas. Saber se isso se mostra legítimo é algo a ser verificado em cada caso, no entanto, não se pode negar tratar-se de ativismo judicial na dimensão estrutural por excelência⁶⁸.

A dimensão de direitos no ECI consiste na interferência da corte nas políticas públicas, através da implementação de medidas em favor dos direitos humanos, sobretudo, o mínimo existencial.

O discurso contemporâneo dos direitos humanos, notadamente em torno da dignidade humana, abre espaço para o ativismo judicial como exercício de institucionalização das intensas e controversas questões morais e políticas – *o espaço nobre do ativismo judicial*⁶⁹.

E, por último, a dimensão antidialógica do ECI deve ser refutada, sob pena de um ativismo judicial ilegítimo, pois a superação do quadro de violação massiva dos direitos deve ser resultado de um processo dialógico e de atuação conjunta dos três poderes.

Hubner Mendes nos esclarece que a dialogicidade consiste no *“diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas*

⁶⁸ CAMPOS, 2016, p. 224.

⁶⁹ Id., 2014, p. 169.

*singularidades expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional”*⁷⁰.

Destarte, o ativismo judicial presente na declaração do “*estado de coisas inconstitucional*” consiste no ativismo judicial estrutural dialógico, evidenciando a legitimidade do STF ao interferir na seara de políticas públicas, como demonstro no tópico a seguir.

2.3. Críticas Formuladas e Respostas de Legitimidade

O ativismo judicial das cortes constitucionais enseja advertências sobre os limites e possibilidades de exercício do controle judicial de políticas públicas.

De modo geral, as críticas possuem duas vertentes, sejam elas: o risco da falta de legitimidade democrática dos ministros, por não serem agentes políticos eleitos pelo sufrágio universal; e a capacidade institucional do poder judiciário para deliberar sobre matérias conferidas aos demais poderes legitimados pelo voto popular, máxime as políticas públicas.

Considero que as objeções ao ativismo judicial abordam o cerne da questão e o pretendido mediante o *estado de coisas inconstitucional*. As críticas à declaração do estado de coisas do sistema penitenciário brasileiro foram formuladas após o julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347.

As duas principais críticas extraídas são a ilegitimidade, sob o argumento do Supremo não possuir legitimidade democrática e institucional para tanto; e a inefetividade, uma vez que na Colômbia – da qual o ECI é originário – a sua invocação não foi apta para solucionar o quadro de inconstitucionalidade.

Os professores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo publicaram uma crítica no jornal “Estado de São Paulo” ao

⁷⁰ HUBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 1ª ed. Ed. Saraiva, 2011. p. 31.

ECI, concebendo-o como uma faceta do fenômeno da judicialização. Na opinião dos autores, o STF ao afirmar que “é lícito aos juízes intervir quando a atuação ou omissão das autoridades colocar em risco direitos dos jurisdicionados”, estaria, na verdade, ocasionando dificuldades à própria eficácia da Constituição vigente.

Isso, porque o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas, de modo que diante de um país marcado pela pobreza, sistema de saúde e educação precários, desigualdade sócio econômica e, ainda, ante a ineficácia da ordem jurídica, o Supremo poderia declarar a inconstitucionalidade da própria Constituição Federal e determinar o fechamento dos tribunais.

Afirmaram que a tese do *estado de coisas* sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais os ameaça, argumentando que o sistema jurídico, por deficiência estrutural e organizacional, não possibilita a superação das mazelas por sentenças judiciais.

Nas palavras dos professores:

Substituir o sistema político por uma Corte Constitucional é só depositar vinho velho em frasco antigo – com rótulo falso e propaganda enganosa. (...) Pode-se concordar com o ministro Edson Fachin que a decisão do Supremo tem o efeito simbólico de ativar discussões sobre o ‘reconhecimento de inadequada proteção dos direitos fundamentais’. Mas não dá para ir além disso. Pobre da Corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a forma da normatividade jurídica⁷¹.

Em resposta ao artigo dos eminentes professores constitucionalistas, o professor José Rodrigo Rodrigues reconhece os riscos da adoção do instituto de “*estado de coisas inconstitucional*”. Contudo, este deve ser invocado como medida excepcional e aplicado a casos excepcionais. Para o professor, a ADPF 347 é de suma importância para o Estado brasileiro, diante do quadro de violações aos direitos humanos institucionalizado nos

⁷¹ GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

cárceres, configurando um verdadeiro “estado de coisas surreal”; bem como o julgamento do seu mérito é histórico, de modo que “*estamos assistindo a uma benvinda inovação na maneira pela qual os poderes do Estado se relacionam entre si*”⁷².

José Rodrigues, ao contrário dos professores Raffaele, José Eduardo e Celso, não concebe a atuação do STF como afronta à teoria da separação dos poderes. Para ele, a divisão das funções dos poderes não é rígida, pelo contrário, tem a finalidade de promover o mecanismo de freios e contra pesos – com revisão e controle de um poder em relação a outro.

Lênio Luiz Streck também participou do debate acadêmico em torno da tese “*estado de coisas inconstitucional*”, advertindo-a como “*fluida, genérica e líquida*”⁷³. Na mesma linha dos três professores críticos à tese, afirmou que diante da crise vivenciada pelo país teria receio até da possível declaração de inconstitucionalidade do Brasil.

Lênio, como grande crítico da judicialização, utilizando dos tradicionais discursos contra o ativismo judicial, questionou igualmente a legitimidade constitucional do Judiciário, a violação à separação de poderes, além do fim das fronteiras entre Direito e Política.

Inobstante a relevância das críticas tanto aos contornos do *estado de coisas*, quanto aos pedidos na ADPF 347, para que se assegure a responsabilidade institucional pelo STF ao proferir sentenças estruturais, como o ECI, elas distorcem o seu conceito, os seus pressupostos e implicações. Se o *estado de coisas inconstitucional* fosse eivado de todos esses aspectos negativos “*deveria ser tido como natimorto*”⁷⁴ no ordenamento jurídico brasileiro.

⁷² RODRIGUES, José Rodrigo. *Estado de coisas surreal*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

⁷³ STRECK, Lênio Luiz. *O que é preciso para (não) se conseguiu um Habeas Corpus no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o ‘estado de coisas inconstitucional’?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

Primeiramente, cumpre ressaltar a objetividade e excepcionalidade da tese decorrente de dois dos pressupostos para configuração do estado de coisas, sejam eles: (i) a vigência de uma realidade de violação massiva e sistêmica de direitos fundamentais, ante (ii) às ações e omissões estatais e institucionais. Ou seja: o manejo da técnica pelo Supremo se justifica perante a ausência de políticas públicas para superar o quadro de violação endêmica de direitos humanos.

Desse modo, o dever da corte constitucional em observar a excepcionalidade e objetividade da tese, “*exclui a vagueza e fluidez do instituto e elimina qualquer risco de ubiquidade*”⁷⁵, visto que será invocada quando a violação de direitos generalizada e relacionada à inércia estatal, caracterizar a flagrante incapacidade institucional.

Não é por menos que o ECI foi introduzido no STF por meio de um caso como o sistema carcerário: envolvida população estigmatizada, socialmente desprezada e politicamente ignorada. Não há ubiquidade, e sim excepcionalidade⁷⁶.

O próprio relator da ADPF nº 347, o Ministro Marco Aurélio, foi enfático ao recusar o uso indiscriminado do ECI:

Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”⁷⁷.

Ademais, o uso difuso do conceito não se justificaria, tendo em vista que para a superação do quadro de violação de direitos é imprescindível a utilização de instrumentos próprios do Supremo, que detém tal alcance decisório, qual seja: a Arguição de Descumprimento de Preceito

⁷⁵ CAMPOS, 2016, p. 294.

⁷⁶ Id., *Devemos temer o ‘estado de coisas inconstitucional’?*. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁷⁷ STF, ADPF n. 347 MC/DF, p. 12, Voto Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, 27 ago. 2015.

Fundamental, ante uma realidade inconstitucional, com fundamento nos artigos 1º e 10º da Lei nº 9.882/99⁷⁸.

Em razão do caráter policêntrico do quadro, a discricionariedade judicial é inevitável. Contudo, os juízes constitucionais ao proferir a sentença estrutural fundamentam o preenchimento dos requisitos do *estado de coisas*, e não por razões puramente ideológicas.

O terceiro pressuposto da tese – a superação do quadro inconstitucional exige atuação conjunta de uma pluralidade de órgãos para implementar remédios estruturais – evidencia que o Judiciário não atuará isoladamente. E sim, o oposto.

O ECI pressupõe a atuação estrutural coordenada, em que o Supremo por meio de ordens flexíveis visa catalisar a atuação do Congresso Nacional e do Executivo, máxime pela implementação e formulação de políticas públicas e, portanto, superar os bloqueios políticos e institucionais que perpetuam e agravam as violações de direitos nas penitenciárias brasileiras.

Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos⁷⁹.

Desse modo, a principal função da Corte Constitucional é coordenar o processo de mudança institucional, com “*efeito desbloqueador em face de problemas endêmicos de falta de capacidade institucionais dos órgãos de governo*”⁸⁰.

⁷⁸ Artigo 1º. A arguição prevista no §1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Artigo 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

⁷⁹ STF, ADPF n. 347 MC/DF, p. 13, Voto Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, 27 ago. 2015.

⁸⁰ CAMPOS, 2016, p. 247.

Nesse diapasão, a legitimação do ECI é baseada na resposta dialógica, com o nada desprezível “efeito simbólico de ativar discussões”⁸¹ entre as instituições.

A declaração do ECI e os remédios estruturais, que seguem à decisão dessa natureza, revelam ativismo judicial de dimensão predominantemente estrutural. Isso não significa, todavia, que seja aprioristicamente ilegítimo. Sem embargo, apenas o ativismo judicial antidialógico pode ser considerado ilegítimo *a priori*. Com isso, a ideia de *diálogos institucionais* é uma boa resposta às objeções de ordem democrática e institucional contra a expansão de poder por juízes e cortes. O ativismo judicial estrutural, presente na declaração do ECI, pode ser considerado legítimo se, além de observarem-se os seus pressupostos, permitir ou catalisar o diálogo entre os poderes e destes com a sociedade⁸².

A legitimidade da atuação expansiva da Corte ao interferir na formulação de políticas públicas, sob o ponto de vista democrático, pressupõe a participação e a liberdade decisória dos atores políticos. Os juízes devem, por meio de ordens flexíveis, garantir os direitos constitucionais e respeitar o papel políticos e a capacidade institucional dos demais poderes.

As ordens detalhadas e inflexíveis não permitem superar a complexidade das políticas públicas deficientes. Importante mencionar que a postura da Corte Constitucional Colombiana foi fator diferencial no fracasso e sucesso dos casos concretos quanto à tese do “estado de coisas inconstitucional”.

No caso do sistema carcerário (*Sentencia de Tutela* (T) 153 de 1998) o fracasso ocorreu devido à posição de supremacia judicial adotada pela Corte, decorrente da falta de flexibilidade das ordens e de diálogo institucional. Enquanto na *Sentencia* T-025 DE 2004, a respeito do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia⁸³, as ordens da Corte foram flexíveis e dirigidas a diversas

⁸¹ GIORGI, *Estado de coisas inconstitucional*. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁸² CAMPOS, op. cit., p. 240.

⁸³ “O deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o Caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações

autoridades públicas, promovendo o diálogo com outros poderes e a sociedade sobre a adequação de tais medidas e, conseqüentemente, promoveu o equacionamento do quadro inconstitucional.

A Colômbia ainda possui o maior número de pessoas deslocadas do mundo, haja vista o contexto de violência urbana ainda não ter sido superado pelo Poder Executivo nacional. Contudo, desde a adoção das medidas determinadas pela Corte Constitucional, a população deslocada, ao menos a maioria, não mais está entregue a toda sorte de violação de direitos fundamentais⁸⁴.

Diante disso, a Corte Constitucional não pode superar o quadro de coisas inconstitucional atuando isolada e unilateralmente. Pelo contrário, devem promover a participação da sociedade civil e o diálogo entre as instituições democráticas em torno das melhores soluções, através de audiências públicas, elaboração e implementação conjunta das novas políticas públicas, para garantir os direitos constitucionais.

As sentenças estruturais, próprias do ECI, em conterem ordens flexíveis e sujeitas a monitoramento, buscam promover a colaboração harmônica e deliberativa entre os poderes em torno de um objetivo comum: superar o quadro de inconstitucionalidades. Portanto, não há supremacia, subjetivismo ou arbítrio judiciais, e sim diálogos e cooperação institucionais⁸⁵.

José Ribas Vieira em seu artigo “Estado de coisas fora do lugar (?)”, aborda a centralidade do Poder Judiciário como espaço de debate político, sobretudo, das Cortes Constitucionais, com papel de remodelagem institucional para a implementação de políticas públicas e, por consequência, concretização dos direitos fundamentais.

violentas de grupos como as FARC – Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. Todavia, a sociedade civil e as autoridades públicas colombianas, por muitos anos, simplesmente ignoraram as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e após os deslocamentos. (...) A Corte concluiu estarem presentes os principais fatores que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional e formulou remédios não só em favor dos que pleitearam as tutelas, mas também das outras pessoas que se encontravam na mesma situação”.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional – litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

⁸⁴ Ibid., Acesso em: 11 abr. 2017.

⁸⁵ Id., *Devemos temer o ‘estado de coisas inconstitucional’?*. Acesso em: 13 abr. 2017.

Nesse sentido, o professor propõe uma análise comparada entre a atuação da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal quanto à invocação e reconhecimento do instituto jurídico do “*estado de coisas inconstitucional*” no plano da jurisdição constitucional, frente à ofensa dos direitos humanos.

Para o professor, a Corte da Colômbia exerceu o ativismo dialógico, promovendo o diálogo institucional, de modo que:

Referida prática ensejou a construção não apenas de uma nova metodologia, mas, principalmente, de uma nova dinâmica deliberativa para a CCC, repercutindo na formulação e adoção de mais de 100 indicadores, divididos em 20 subgrupos, agrupados em categorias, segundo sua pertinência temática para a avaliação do efetivo gozo de direitos por parte desta população em situação de vulnerabilidade social⁸⁶.

Enquanto o Brasil, na incorporação do conceito jurídico, não promoveu suporte essencial e institucional para assegurar a sua efetividade.

Pelo contrário, o que se viu, tendo em vista as duas medidas deferidas liminarmente, fora uma reprodução da ideia de Roberto Schwarz, desenvolvida nos anos 70, de ‘ideias fora do lugar’, haja vista que tanto os pedidos formulados como a decisão liminar mantiveram a contumaz perspectiva deliberativa do STF: mandatória e monológica, bem como, refletiram um profundo alheamento em relação à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes, em frontal contraste com a jurisprudência da CCC⁸⁷.

Em sua opinião, medida imperativa é o redesenho institucional no processo decisório do STF, bem como nas políticas públicas de encarceramento. Nas palavras do professor é o “*que se espera de uma Corte Constitucional que se propõe a exerce o papel de ator de transformação social relevante*”⁸⁸.

De modo oposto a Ribas, Carlos Alexandre de Azevedo Campos defende que o voto do Ministro Relator Marco Aurélio na Medida Cautelar

⁸⁶ VIEIRA, José Ribas. *Estado de coisas fora do lugar* (?). Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

⁸⁷ *Ibid.*, Acesso em: 26 mar. 2017.

⁸⁸ VIEIRA, op. cit., Acesso em: 26 mar. 2017.

da ADPF 347, claramente optou pelo ativismo dialógico do instituto de “*estado de coisas inconstitucional*”:

Propôs que o STF interfira na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, mas mediante ordens flexíveis seguidas de monitoramento da execução das medidas. A proposta não lança o tribunal a um ‘estado de arrogância institucional’, muito ao contrário, a opção é pelo caminho da interação institucional em torno de um objetivo comum⁸⁹.

Crítica recorrente ao ativismo judicial e, conseqüentemente, à declaração do ECI é a violação do princípio da separação dos poderes, ao argumento que mediante tal declaração, o Supremo usurpa sua competência ao interferir no campo exclusivo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Entendo que tal crítica não prospera por dois motivos: o primeiro porque tal crítica é concebida a partir de uma concepção estática do princípio da separação de poderes, isto é, poderes quase que incomunicáveis. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 propõe uma relação cooperativa e dialógica entre os três poderes em favor da efetividade dos direitos fundamentais. Nas palavras do Professor Paulo Bonavides “*a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes*”⁹⁰.

Sobre o tema, Daniel Sarmiento salienta que:

[N]o neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação dos poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos⁹¹.

⁸⁹ CAMPOS, *O Estado de Coisas Inconstitucional – litígio estrutural*. Acesso em: 11 abr. 2017.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados n° 51*. São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, 2004. p. 127.

⁹¹ SARMENTO, *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Acesso em: 25 abr. 2017.

O segundo motivo, ainda que o modelo estático de separação dos poderes fosse concebido, as circunstâncias do quadro inconstitucional, bem como os pressupostos do ECI – violação massiva de direitos fundamentais e bloqueios políticos e institucionais – legitimariam à sua flexibilização e, por via reflexa, a intervenção judicial. Isto, porque a teoria da separação dos poderes tem por escopo proteger as liberdades fundamentais, de modo que ao se admitir o somatório de inércias reiteradas dos poderes políticos, sem intervenção judicial, se estaria permitindo a concentração de poderes, em desfavor aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, segundo Rodríguez Garavito, a declaração do “*estado de cosas inconstitucional*” tem uma finalidade pragmática voltada à reestruturação institucional.

A declaração do ECI tem um fim prático fundamental: impulsionar o aparato estatal para que esse desenhado, implemente, financie e evolua as políticas públicas necessárias para cessar a violação massiva de direitos que deu lugar a dita declaração⁹².

Nesse mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio em seu voto na Medida Cautelar da ADPF nº 347 ressaltou esse “constitucionalismo cooperativo”, como se vê:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções⁹³.

O *estado de cosas inconstitucional*, portanto, não consiste na usurpação judicial e, sim, na articulação dos três poderes para que dentro de

⁹² GARAVITO, César Rodríguez. ¿ Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. (Coord.). *Más allá del desplazamiento*. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009. p. 438.

⁹³ STF, ADPF 347 MC/DF, Voto Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, 28 ago. 2015. p. 18.

suas esferas de competência, adotem medidas eficazes. Até porque, “*a atuação judicial não é motivada apenas pela inação dos demais poderes, mas, sobretudo, pela constatação*”⁹⁴ da violação sistemática dos direitos fundamentais que, por via de consequência, desrespeita a Constituição e afeta a própria funcionalidade da atividade judicial.

A tese do *estado de coisas* tem potencial para enfrentar e erradicar as falhas estruturais que implicam realidades inconstitucionais no sistema penitenciário brasileiro, de violações a direitos fundamentais. Nas palavras do Professor Carlos Alexandre: “*o temor deveria ser pelo excesso de timidez, e não de ativismo*”⁹⁵.

Afinal, é o que se espera de uma Corte diante de um quadro tão acentuado de violações de direitos fundamentais: que não seja inerte, mas sem unilateralismos decisórios.

Quanto à alegação do ECI consistir em uma ameaça à democracia, esta é refutada, uma vez que o regime democrático assegura a igual participação política. É verdade que, no mundo real, a igualdade não é alcançada, conquanto, seja imprescindível para os arranjos institucionais democráticos. O ECI do sistema penitenciário brasileiro busca assegurar os direitos dos presos que, via de regra, não exercem participação política; de tal modo que o ativismo judicial revela-se como “*o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, capaz de superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar*”⁹⁶.

Inobstante a democracia se assentar no respeito à dignidade da pessoa humana, a sociedade brasileira não a incorporou como um atributo inerente a todo o ser humano. Parafraseando a professora Ana Paula de

⁹⁴ CAMPOS, *Devemos temer o ‘estado de coisas inconstitucional’?*. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁹⁵ *Ibid.*, Acesso em: 13 abr. 2017.

⁹⁶ *Id.*, 2016, p. 303.

Barcellos, os cidadãos livres defendem que os “criminosos” não são titulares de quaisquer direitos fundamentais, inclusive, à vida digna⁹⁷.

Desse modo, é essencial que o exercício da função contramajoritária do Poder Judiciário atue em favor da população carcerária estigmatizada e impopular.

[...] a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssima exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. [...] A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento. Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, que permanecerão se não houver intervenção judicial. Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos assim, bloqueios costumam ser insuperáveis⁹⁸.

Com efeito, a intervenção judicial possibilita o diálogo sobre as causas e soluções do quadro inconstitucional e, por via reflexa, influencia o comportamento dos atores políticos de forma positiva, além de ampliar a participação dos cidadãos na causa.

Neste diapasão, o Supremo fomenta o diálogo não só entre as instituições, mas entre elas e a sociedade a respeito dos direitos das minorias vulneráveis e sub-representadas, como a população carcerária assim é. O reconhecimento do “*estado de coisas inconstitucional*” propicia um país mais inclusivo e a efetividade da dignidade da pessoa humana – de modo que esse ativismo judicial opera a favor da democracia e não contra a democracia⁹⁹.

Destarte, o ativismo judicial estrutural no Supremo Tribunal Federal é legítimo, à medida que “*o papel da Corte é tanto o de colocar a máquina*

⁹⁷ BARCELOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*. nº 254. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, 2010. p. 39.

⁹⁸ STF, ADPF 347 MC/DF, Voto Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, 28 ago. 2015. p. 14-15.

⁹⁹ BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 6. Acesso em: 10 abr. 2017.

estatal em movimento, quanto o de articular a harmonia desse movimento”.

¹⁰⁰ Ou seja: ao invés de supremacia judicial, a Corte fomenta o diálogo entre as instituições e para com a sociedade, e promove ganhos à própria democracia.

A invocação do instituto do *estado de coisas inconstitucional* significa o Supremo reconhecer uma nova concepção de omissão constitucional, isto é, que não se limita ao descumprimento de enunciados constitucionais específicos. Em verdade, constata as falhas estruturais, máxime de políticas públicas e a falta de inefetividade dos direitos fundamentais.

A maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski – reconheceu expressamente estar presente o ECI no sistema penitenciário brasileiro e defendeu a intervenção do Tribunal, inclusive, na escolha orçamentária de contingenciamento de recursos. O Ministro Celso de Melo, inclusive, já havia defendido como “*necessidade institucional*”:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição¹⁰¹.

O ECI tem um propósito ambicioso, ao permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para quadros inconstitucionais contra vulneráveis, decorrente de omissões do poder público, conclama que todos os órgãos adotem medidas eficazes de forma coordenada e efetiva.

¹⁰⁰ CAMPOS, Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

¹⁰¹ MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes In: PAUSLEN, Leandro (Coord.) *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 16-17.

CONCLUSÃO

Diante do exposto e das ideias apresentadas no presente trabalho, resta claro que o sistema penitenciário brasileiro constitui um *estado de coisas inconstitucional*. A violação generalizada de direitos humanos decorrente da omissão reiterada e sistêmica do Poder Público durante muitos anos, a incapacidade das autoridades públicas em superar tal quadro e as falhas estruturais evidenciam a falência do setor carcerário no Brasil.

O cumprimento da pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais superlotados e em más condições, por si só, representa gravíssima lesão ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. Uma vez corolário da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana é inerente a qualquer ser humano e deve ser observado sempre em sua amplitude.

Com efeito, não se pode em qualquer hipótese ignorá-lo ou restringi-lo ao argumento de que o indivíduo é um “criminoso”, “delinquente” e, portanto, não merecedor dos direitos fundamentais e o mínimo existencial - sob pena de uma inadmissível desigualdade entre os seres humanos.

As condições degradantes e sub-humanas do cárcere, além de gerar danos irreparáveis aos que ali cumprem suas penas, impede a ressocialização e a reinserção dos mesmos na sociedade. E, ainda, consiste em um problema de segurança pública. Como salienta a professora Ana Paula de Barcellos, “*o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência*”¹⁰².

Neste cenário, o Recurso Extraordinário nº 580.252 – antes da relatoria do Ministro Teori Zavascki e, atualmente, do Ministro Alexandre de Moraes – ao reconhecer a repercussão geral e entender pelo seu

¹⁰² BARCELOS, 2010.

provimento para declarar a responsabilidade civil do Estado em indenizar a título de danos morais o preso submetido a condições desumanas, evidencia que o Poder Público tem a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições degradantes. De modo que, como já reconhecido pela alta corte deste País, deslegitima a invocação da “reserva do possível” pelo Estado, sob o fundamento da falta de recursos e autorização orçamentária para a não garantia da dignidade nas prisões.

No julgamento do Recurso, o Ministro Luís Roberto Barroso restou vencido, bem como o Ministro Luiz Fux e o Ministro Celso de Mello, ao acompanharem o voto vista do Ministro Barroso que propôs um mecanismo alternativo à reparação pecuniária. A meu ver, o voto do Ministro Barroso é relevante à ordenação jurídica brasileira, uma vez que ao propor o instituto da remição como forma de indenização no caso em tela permite a redução do tempo do preso em ambientes insalubres e superlotados. Outrossim, o voto invoca a tese colombiana do *estado de coisas inconstitucional* para o sistema carcerário brasileiro.

Nesta senda, a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, almeja a declaração do *estado de coisas* contra a Constituição para que se reconheça a falência da política penitenciária quanto à dignidade da pessoa humana dos presos.

O ECI consiste no reconhecimento de inconstitucionalidades institucionais, de modo que “*abre a visão do Poder Judiciário para a existência de gravames à Lei Fundamental pátria que transcendem o mero campo normativo.*”¹⁰³. Portanto, caracteriza-se sob a dimensão do ativismo judicial estrutural, o qual ultrapassa as próprias barreiras do Poder Judiciário, visto que não se reduz à mera oposição entre ativismo e restrição judicial.

¹⁰³ LAZARI, Rafael de. Estado de Coisas Inconstitucional: Um Dilema Judiciário na Contemporaneidade In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, v. 25, nº 100, p. 103-116, mar./abr. 2017.

Como demonstrado, a perspectiva dialógica refuta a expansão judicial como supremacia judicial e ativismo desmedido, evidenciando que a legitimidade da declaração do ECI pela função judicante depende do diálogo entre os Poderes da República, com atuações recíprocas entre si – medida necessária à harmonia institucional.

Diante da realidade carcerária brasileira, não é absurdo relativizar a rigidez da separação dos Poderes – os quais, além de independentes e harmônicos entre si, devem ser cooperativos – para garantir os direitos fundamentais da pessoa humana e alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil (artigo 3º, da CF/88).

Por certo, a superação do quadro inconstitucional não se limita à declaração do *estado de coisas inconstitucional*. É necessário, portanto, “*que todos os atores dos Poderes Públicos estejam dispostos a dar vida aos mandamentos constitucionais*”¹⁰⁴, com participação da sociedade civil, para que a superação do *estado de coisas inconstitucional* se torne uma verdade e, não, uma ilusão.

Enfim, é preciso superar a visão monológica e tradicional do Supremo Tribunal Federal como o poder que detém a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal. A separação de poderes deve consistir em uma cadeia de contribuições com a finalidade de alcançar soluções para os dilemas coletivos e concretizar os direitos fundamentais.

A dialogicidade entre o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, consiste em uma verdadeira “guerra institucional”. Melhor dizendo, a teoria da separação de poderes baseada no diálogo não deve esconder o desacordo e os conflitos institucionais, pelo contrário, ela por si só, evidencia uma interação entre os poderes na qual, em alguma medida, há troca de argumentos.

Hubner Mendes constrói e defende a interação institucional como a forma mais condizente com o processo democrático, de modo que a

¹⁰⁴ LAZARI, In: Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI), mar./abr. 2017.

Constituição Federal deve ser vista a partir de um processo político conflituoso e permanente que ela dirige, com maior ou menor sucesso a cada momento.

O diálogo entre os poderes reduz o risco de inefetividade do instituto. É certo, todavia, que o Supremo deve melhorar seus processos deliberativos para que sentenças estruturais, como o ECI, sejam mais bem compreendidas e aplicadas de forma efetiva. O STF deve, portanto, regar em seu Regimento Interno a aplicação das sentenças estruturais e das audiências públicas para monitoramento das medidas e políticas carcerárias, com importantíssimo auxílio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob pena de inefetividade da tese.

O ECI é um instituto ambicioso, mas seus defensores não são ingênuos, à medida que sabem que ele não é capaz de resolver todos os problemas envolvidos no encarceramento em massa. Contudo, se aplicado ao Brasil, pode contribuir para chamar a atenção do Congresso Nacional para os direitos das minorias sub-representadas, pode diminuir a distância entre o garantismo textual e a realidade desigual, pode contribuir para tornar o Brasil um país mais atento à dignidade da pessoa humana, inclusive em favor dos quais a democracia representativa não opera.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da suprema judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1250. Rio de Janeiro. FGV, 2009.

BARCELOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 6. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Temas de Direito Constitucional*, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados* nº 51. São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. (Série ação parlamentar; n. 384). CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o 'estado de coisas inconstitucional'?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

_____. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. *O Estado de Coisas Inconstitucional – litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. Alceu, v. 5, n. 9, p. 105-113. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025/2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-153/1998 de 28/4/1998*. Disponível em: <<https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561621>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/elaborar-politicas-publicas-papel-judiciario-dizlewandowski>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Acesso em: 15 jan. 2017.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estadão opinião: Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

HUBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 1ª ed. Ed. Saraiva, 2011.

LAZARI, Rafael de. Estado de Coisas Inconstitucional: Um Dilema Judiciário na Contemporaneidade In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (RDCI). 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, v. 25, nº 100, p. 103-116, mar./abr. 2017.

MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes In: PAUSLEN, Leandro (Coord.) *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil- constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Lucas Pessôa. *O Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos*. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

RODRIGUES, José Rodrigo. *Estado de coisas surreal*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

GARAVITO, César Rodríguez. ¿ Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del deslocamento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional. In: RODRÍGUEZ

GARAVITO, César. (Coord.). *Más allá del despazamiento*. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SARMENTO, Daniel. Apresentação do Livro CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Constituição e a sociedade: as masmorras medievais e o Supremo*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Reparação não Pecuniária dos Danos Morais* In: *Direito Civil e Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

STF, ADPF 132, Rel. Ministro Ayres Britto (04 de maio de 2011) reconheceu a união estável homoafetiva.

STF, ADPF 347, Acórdão da Medida Cautelar, Brasília, Rel. Ministro Marco Aurélio.

STF, ADPF 347, Petição Inicial, p. 55, Disponível em: <<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

STF, ADPF n. 347 MC/DF, p. 12, Voto Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, 27 ago. 2015.

STF, RE 580.252, Voto Rel. Ministro Teori Zavascki, Brasília, 04 dez. 2014.

STF, RE 580.252/MS, Voto-vista Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 27 abr. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é preciso para (não) se conseguiu um Habeas Corpus no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

STRECK, Lênio. *O que é isto, o ativismo judicial, em números?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

VIEIRA, José Ribas. Estado de coisas fora do lugar (?). Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em: 26 mar. 2017.