

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Lucas Silva de Oliveira

ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA PRISIONAL:
INTEGRAÇÃO DE PODERES COMO MECANISMO DE
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Passo Fundo

2019

Lucas Silva de Oliveira

ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA PRISIONAL:
INTEGRAÇÃO DE PODERES COMO MECANISMO DE
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Profa. Dra. Gabriela Werner Oliveira.

Passo Fundo

2019

A ti, pai, onde estiveres. Nosso sonho, aos poucos, vai ganhando concretude.
Por ti, mãe. Por embarcar ao meu lado nas viagens da vida.
Por acreditar sempre. Por nunca desistir.

RESUMO

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso é analisar a legitimidade do emprego do ativismo judicial como instrumento de concretização mínima dos direitos fundamentais da população carcerária. O estudo se justifica diante da crescente proatividade contida nas decisões proferidas por órgãos do sistema de justiça, dirigidas à adoção de providências no sentido de atenuar o quadro de violações de direitos havido naquele âmbito, decorrente da omissão dos poderes eleitos na efetivação de suas atribuições. Assim, valendo-se do método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica, busca-se, em um primeiro momento, qualificar o ativismo judicial, delineando-se possível confronto entre os dogmas constitucionais da separação de poderes e da cartilha de direitos fundamentais, imediatamente decorrente da utilização da técnica. Posteriormente, discorre-se acerca do atual panorama do sistema prisional, a fim de dar lume a um cenário específico de violações de direitos e expor sua correlação com a inércia omissiva dos agentes políticos, tratando das empreitadas até então desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais e direcionadas à efetivação mínima de direitos dos sujeitos reclusos. Em seguida, analisa-se o modelo de ativismo judicial dialógico, como fórmula ideal que estabelece eixo de conexão entre os Poderes do Estado e o meio social, no sentido de promover a integração dos agentes da estrutura objetivando a concretização material do projeto constitucional. Explanam-se experiências jurisprudenciais dirigidas ao sistema penitenciário em âmbito internacional, para que, com assento no direito comparado, sejam extraídas as bases necessárias à implementação responsável do ativismo no plano interno. Conclui-se pela necessidade de conferir credibilidade à atividade jurisdicional interventiva, posto que assentada em inteligência constitucional, constatando-se, pois, a legitimidade da instrumentalização do ativismo judicial no âmbito do sistema prisional, como mecanismo de promoção de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direitos fundamentais. Separação de poderes. Sistema prisional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATIVISTA: DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEPARAÇÃO DE PODERES	7
2.1 Noções preliminares sobre o ativismo judicial na jurisdição constitucional	7
2.2 Da centralidade de elementos do texto constitucional: direitos fundamentais e separação de poderes no Estado Democrático de Direito	10
2.3 A transferência do poder deliberativo e a concretização dos fins constitucionais: quem controla o controlador?	15
3 ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA PRISIONAL: DA URGÊNCIA E DA LEGITIMIDADE	19
3.1 Breve panorama do sistema prisional sob a ótica das violações dos direitos fundamentais da população reclusa	19
3.2 Do ativismo judicial no sistema prisional e da capacidade de intervenção jurisdicional para a garantia dos direitos fundamentais dos presos	22
3.3 A multidimensionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional como instrumento de intervenção: origem, critérios e importação	27
4 A EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA PRISIONAL: INTEGRAÇÃO COMO MODELO E AVALIAÇÃO DE RESULTADOS	33
4.1 Ativismo dialógico e Constituição: a integração entre os Poderes como modelo necessário	33
4.2 Da precariedade do sistema como metodologia de justificação da violação de direitos dos presos e alternativas para superação do quadro	37
4.3 Ativismo judicial e jurisprudência internacional: casos, experiências e resultados ...	40
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A análise do cenário jurídico-político brasileiro reclama averiguação mais aprofundada acerca do conteúdo das decisões proferidas pelos órgãos do sistema de justiça, especialmente em razão da crescente proatividade contida em seus termos. No campo do sistema prisional, o panorama se acentua, máxime em razão da tentativa empreendida pelo Poder Judiciário no sentido de remediar o hiato operacional havido pela omissão dos poderes eleitos na efetivação de suas atribuições, particularmente no que concerne à solidificação de direitos fundamentais da população reclusa.

A par de tal prisma, surge a necessidade de melhor compreender o eixo de intersecção entre os Poderes do Estado, no ponto da repartição de funções como fundamento-base do Estado Democrático de Direito, a fim de verificar se a intervenção ativista do Judiciário, notadamente no âmbito do sistema carcerário, compromete a estabilidade democrática e promove a fragmentação do poder ou busca essencialmente viabilizar a mínima concretização material dos direitos fundamentais dos presos.

De se considerar, nessa senda, o impacto sociopolítico da discussão, tendo-se em conta o solipsismo já instalado no meio comum quanto ao modo de enxergar o preso e a conseqüente criação de entraves políticos para com a realização de políticas públicas dirigidas ao cárcere, que fazem por contribuir com a manutenção do ciclo de violações lá verificado. Sob tal perspectiva, o presente estudo buscará avaliar a legitimidade do emprego do ativismo judicial como instrumento de concretização mínima dos direitos fundamentais da população carcerária.

Para tanto, o primeiro capítulo assentará as bases necessárias à boa compreensão do tema. Serão tecidas, inicialmente, considerações preliminares acerca do fenômeno do ativismo judicial, em especial no que se refere às suas características, formas e campos de manifestação, bem como sua relação com a judicialização da política. O excerto examinará, ainda, dois elementos centrais do texto constitucional, quais sejam, direitos fundamentais, no âmbito de sua carga normativa, e a fórmula da separação de poderes, como componente estruturante de Estado, no sentido de evidenciar uma possível colisão de dogmas proveniente da intervenção jurisdicional ativista. Encerrar-se-á a primeira parte discorrendo acerca da necessidade de instrumentalização de mecanismos dirigidos ao controle da atividade interventiva, a fim de que seja empregada exclusivamente para a consecução dos projetos constitucionais, evitando-se a institucionalização do decisionismo.

O segundo capítulo será destinado à colocação do ativismo judicial em evidência no plano material. Assim, valer-se-á do cenário do sistema prisional como campo de análise para

a atividade interventiva, tecendo-se considerações a respeito das condições de violações de direitos fundamentais que ostenta o cenário. Em avaliação mais aprofundada do quadro e das medidas adotadas pelo sistema de justiça para a suavização, serão examinadas decisões judiciais, notadamente aquelas de cunho ativista, a fim de verificar a extensão das operações e os resultados provenientes. Serão apreciadas, em seguida, as peculiaridades do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, tido como um dos expoentes máximos da prática ativista, cuja importação de ordenamento jurídico estrangeiro foi intentada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a enfrentar a problemática do sistema penitenciário.

O terceiro capítulo revelará um modelo de ativismo judicial dialógico, destinado à promoção da integração entre os Poderes e o meio social, de forma dirigida à consecução do projeto de implementação de direitos fundamentais. Ainda na seara do sistema prisional, será avaliada a indevida utilização do discurso da precariedade como metodologia de justificação para a violação de direitos, levantando-se alternativas para a superação do panorama ao tomar-se por base a atividade coligada entre Estado e sociedade. Buscar-se-á, ao fim, esteio na jurisprudência internacional, investigando-se experiências ativistas até então já empreendidas no campo do sistema prisional, tudo como subsídio de comparação às práticas internas.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATIVISTA: DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEPARAÇÃO DE PODERES

Por meio deste capítulo pretende-se delinear o assentamento das bases essenciais para a compreensão inicial do fenômeno do ativismo judicial e de suas especificidades. Passa-se, na sequência, à análise do conflito entre dois pontos centrais do texto constitucional, direitos fundamentais e separação de poderes, proveniente diretamente do emprego da técnica jurisdicional ativista. Arrematam-se, ao fim, aspectos relacionados à inquietação quanto ao regramento e ao necessário controle da prática intervencionista em testilha.

2.1 Noções preliminares sobre o ativismo judicial na jurisdição constitucional

O presente estudo perpassa pela necessidade preliminar de compreensão das noções básicas acerca do fenômeno do ativismo judicial: sua origem, características, facetas e formas de manifestação, aplicabilidade e consequências decorrentes de seu emprego nos diversos âmbitos do sistema de justiça, tudo a fim melhor compreender o eixo de intersecção entre os Poderes do Estado, no ponto da repartição de atribuições como fundamento-base do Estado Democrático de Direito.

Acerca da origem do fenômeno e da denominação atribuída, sempre pertinente recordar que teve gênese no sistema judicial norte-americano, essencialmente por meio da atuação daquela Suprema Corte enquanto presidida por Earl Warren. Relata Barroso (2015), que, à época, o dito Tribunal guiava-se por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, delineando intervenções políticas e transformações de forma alheia ao âmbito dos Poderes Políticos. O autor salienta que além do introdutório julgamento do caso *Marbury v. Madison*¹, no qual declarou, de forma inédita, o sistema judiciário a inconstitucionalidade de uma lei federal, em clara intervenção no espectro de outro Poder, a Corte trouxe à tona a discussão de assuntos como a garantia de defesa aos processados criminalmente, a consideração de ilegitimidade da segregação racial nas escolas e o direito à não autoincriminação, dentre

¹ O caso se tratou de pleito judicial proposto por William Marbury à Suprema Corte Americana, em face de James Madison, Secretário de Estado, requerendo fosse o último obrigado a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz, cargo para o qual fora nomeado pelo Presidente John Adams, no final do mandato. Com a posse, o novo Presidente, Thomas Jefferson, ordenou ao Secretário que negasse a posse de Marbury. O lesado invocou norma constitucional, tendo a Suprema Corte reconhecido seu direito ao cargo, bem como a competência originária do Tribunal para apreciação de demandas de tal natureza, afirmando seu poder de *judicial review* (CAMPOS, 2012).

outros, como expressão máxima da ingerência do sistema judicial no campo de atribuições dos poderes eleitos.

A intervenção ofensiva da Corte por meio do instrumento do controle de constitucionalidade, em campos em que, tradicionalmente o Poder Judiciário não atuava, mormente porque lhe era legada em essência a aplicação da lei e a solução de conflitos, encontrou obstáculos no conservadorismo da época – que até hoje remanesce, diga-se –, cunhando à nomenclatura do fenômeno um espectro negativo (BARROSO, 2015).

A prática judicial ativista se associa, substancialmente, a um modo proativo de interpretação constitucional, a fim de estender o sentido e alcance das disposições da Carta Magna, instalando-se em casos de retração dos Poderes Políticos. Barroso (2015, p. 442) assenta como formas de manifestação do fenômeno

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Busca a jurisdição constitucional, nesse contexto, extrair ao máximo o conteúdo das normas da Constituição, reconhecendo seu caráter autoaplicável (BARROSO, 2015). Utilizam-se, de tal forma, elementos do texto constitucional como fundamentos para a metodologia intervencionista, mormente suprindo as lacunas de atuação das demais esferas de Poder ou ditando-lhes operações, tudo a fim de efetivar um projeto de Estado constitucionalmente delineado.

Streck (2002) discorre a respeito da possibilidade e da exigibilidade de se assentar uma jurisprudência constitucional ofensiva, de molde ativista, onde o Poder Judiciário, por meio das Supremas Cortes, procure impor o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade. Diz, contudo, da necessidade de coibir os excessos na atuação do tribunal constitucional, que o colocariam sob pressão e cobrança permanente, mais ainda em caso de ineficácia da atuação. Nota-se, nesse passo, a possibilidade de a sociedade tornar-se tão somente destinatária das decisões judiciais em matéria cuja participação popular na construção seria fundamental, ficando aberta ao subjetivismo das interpretações constitucionais.

De outro lado, além de reconhecer a indefinição conceitual do termo ativismo judicial, Campos (2012) delinea os modos heterogêneos de percepção do fenômeno, também como

forma de qualificar a busca pela sua definição. Refere o autor que, na prática, parcela majoritária dos juristas encara a jurisdição ativista como uma ameaça aos preceitos democráticos e à separação dos poderes. Destaca, contudo, que para outra parte, a atuação incisiva do sistema de justiça se justifica em nome dos direitos fundamentais, atingidos pela inércia ou pelo abuso dos poderes e instituições políticas. Identifica-se, desta feita, que a conceituação do ativismo judicial é multidimensional, englobando, em suma, o exercício de poder político, de forma não necessariamente ilegítima, com caráter normativo, por parte de juízes e cortes, em detrimento dos demais integrantes do sistema, circunstância esta que também os torna, de certa forma e em última análise, atores políticos.

Há que se diferenciar, ademais, o ativismo judicial da prática da judicialização, os quais embora apresentem similaridades, constituem-se técnicas distintas que não integram vala comum. Enquanto o ativismo se refere fundamentalmente a um modo de interpretação da norma para o fim de extrair dela a maior carga de conteúdo e dar-lhe efetividade, nos moldes acima percorridos, a judicialização, leciona Barroso (2015) decorre, em suma, do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados pelo ordenamento brasileiro. Isso porque a inserção de matérias que outrora pertenciam à deliberação político-ordinária nos quadros constitucionais, aliada à ampliação do referido mecanismo de controle, fizeram por permitir que a resolução de pontos controversos passasse, regularmente e mediante provocação, do âmbito político tradicional para a esfera judicial.

Aliado a isso, surge como alicerce o dogma constitucional do amplo acesso à justiça, que, ao mesmo tempo em que favorece a busca pela tutela jurisdicional, se funda como justificador da atuação ativista, na medida em que a própria Carta Magna estabelece que não é dado ao Poder Judiciário declinar da análise de lesão ou ameaça à direito (art. 5º, XXXV, CF).

Há que se destacar, além das noções de ativismo e de judicialização, a prática diametralmente oposta aos dois fenômenos, tida como autocontenção judicial. Se as primeiras técnicas representam a atuação intervencionista do Poder Judiciário na vida social, a segunda – etimologicamente – representa a passividade do julgador em face da vontade da lei, agindo tão somente como mero aplicador de sua literalidade, relegando aos poderes eleitos a função de promover a efetivação do intento constitucional. Barroso (2008, p. 07) discorre acerca das principais características da dita linha de atuação, sustentando que se manifesta quando

juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

No mais, em face da recorrente divergência no que toca à legitimidade ou ilegitimidade das intervenções ativistas, da qual se sobressai, majoritariamente, o espectro negativo, Campos (2012) sustenta uma relação de contingência entre ativismo e legitimidade, desaguando na necessidade de avaliar a técnica em cada caso concreto e a demanda que a situação apresenta, bem como a linha de conformidade do exercício da jurisdição com os limites institucionais apontados pela Constituição, tudo para que posteriormente seja aferida regularidade da atuação das Cortes. Nesse contexto, ideal que se afaste a abstração do exame, considerando, pois, as diversas variáveis de cada caso, a requerer maior ou menor intervenção do sistema de justiça.

Prescindível, ao menos neste momento, destacar a fundo os argumentos favoráveis ou adversos, ou ainda constatar a legitimidade ou ilegitimidade do fenômeno do ativismo, como instrumento de promoção das promessas constitucionais ou como violador da estrutura democrática. Tem-se então que, uma vez estabelecida a conexão das posições doutrinárias, reunidas nas ideias antes discorridas, pode-se classificar o ativismo judicial como forma de expressão da proatividade do exercício do poder jurisdicional por parte dos integrantes do sistema de justiça, de maneira estranha à sua função típica e sobressalente aos demais, seja para suprir a omissão do próprio Estado-político em pontos fundamentais, corrigir-lhe excessos ou figurar como interventor nos espectros de gerência dos outros Poderes.

Vistos os aspectos elementares da atuação jurisdicional ativista, importa tratar das consequências diretas do uso da técnica, tendo em conta especialmente o decorrente enfrentamento entre pontos centrais do texto constitucional.

2.2 Da centralidade de elementos do texto constitucional: direitos fundamentais e separação de poderes no Estado Democrático de Direito

Transpondo-se da análise dos moldes de jurisdição para o exame delimitado do texto constitucional, extraem-se desde logo dois pontos centrais que, por guardarem sobressalente relação com o tema de fundo do presente escrito, ao confrontarem-se em determinada situação jurídica, merecem análise mais detida: direitos fundamentais e separação de poderes.

Em digressões de cunho histórico, Buzatto (2017, p. 16) refere que “não se pode falar propriamente de Estado ou de organização estatal antes da passagem à Idade Moderna”, tampouco se pode falar propriamente de direitos fundamentais antes da modernidade. Estabelece-se, assim, a conexão preliminar entre os pontos a partir de determinado marco da história, na medida em que o processo de modernização da sociedade e do Estado se deu, à toda

evidência, escudado essencial e gradativamente na busca da limitação e estruturação do poder por meio de instrumentos como os direitos fundamentais.

Nesse cenário, notável é a importância dos direitos fundamentais na construção do Estado constitucional, sob os moldes de Democrático de Direito, mais ainda quando são centralmente inseridos no corpo da Carta Política, para que dela recebam a força jurídico-normativa que lhe é imanente. Assim, viável averiguar a extensão, o alcance e o modo de aplicação das normas dessa natureza, dada a divergência doutrinária instalada e a própria regra de aplicabilidade imediata existente no art. 5º, §1º, da Constituição Federal².

Em primeiro plano, Teixeira (1991, p. 317) aponta, sumariamente, que toda norma constitucional alcança algum tipo de eficácia. Estabelece classificação, dividindo-as em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada, sendo que as primeiras “produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, [...] incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto”. Já quanto às segundas, em sentido diametralmente oposto, sustenta que “não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente” (TEIXEIRA, 1991, p. 317).

Na mesma esteira, impossível não pontuar a modelar classificação elaborada por Silva (1982) a respeito da matéria. Acerca das normas constitucionais, catalogou-as em normas de eficácia plena, como sendo aquelas aplicáveis e produtoras de efeito imediato, sem a necessidade de intervenção do legislador; em normas de eficácia contidas, as quais, embora aplicáveis diretamente, requererem a atuação do legislador; e em normas de eficácia limitada, que, para aplicação, necessitariam da normatividade a ser dada pelo legislador a fim de que fossem suficientes a gerar efeitos.

Merece destaque, em tempo, a análise promovida por Barroso (1996), que divide as normas constitucionais em três grupos. O primeiro engloba as normas de organização, que se destinam a organizar e estruturar o poder político. O segundo, ao qual se dá particular atenção, diz com as normas constitucionais definidoras de direitos, que fixam os direitos fundamentais dos sujeitos, conferindo-lhes caráter subjetivo, subdividindo-se ainda, segundo maior especificação de Sarlet (2015, p. 176), em “1) situações prontamente desfrutáveis [...]; 2) situações que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e 3) normas que

² BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora”. O terceiro grupo, por fim, enquadra as normas constitucionais programáticas, que se destinam a determinar fins a serem perquiridos pelo Estado.

Ainda acerca do tema, em apertada síntese, sustenta Sarlet (2015, p. 182) que

Todas as normas jurídicas, o que se aplica também às normas constitucionais, possuem, em alguma medida, eficácia jurídica, sendo – na medida desta eficácia – diretamente aplicáveis, aptas a ser aplicadas pelos órgãos do Poder Judiciário, incumbido (também) da fiscalização da constitucionalidade da ação e da omissão do legislador. Assim, superada a noção de que existem normas constitucionais “não autoaplicáveis”, que, ao fim e ao cabo, seriam normas de eficácia diferida, sempre dependente de uma posterior regulamentação, posição que seguramente é hegemônica no cenário brasileiro, representado, portanto, o ponto de vista dominante.

De igual forma pensa Cappelletti (1993, p. 66), reconhecendo a força normativa do texto constitucional, quando aduz que “as declarações dos direitos fundamentais deixaram de ser meras declarações filosóficas ou de boa vontade, no momento em que são concretamente garantidas e aplicadas pelos tribunais, sejam eles nacionais ou transnacionais”.

Colhendo-se as convergências dos posicionamentos e classificações, aliado ao pressuposto sustentado por Streck (2009, p. 35), de que a Constituição – e seu conjunto de elementos, por certo – é “instrumento de ação concreta do Estado”, tem-se em geral que, em maior ou menor grau, as normas constitucionais, especialmente aquelas atinentes a direitos fundamentais, gozam de força e eficácia jurídica, recaindo na evidente capacidade de produção de efeitos diretos. Cumulativamente com a viabilidade da aplicação direta, sobrevém a exigibilidade imediata, que pode e deve ser invocada pelo titular perante o Estado.

Ainda assim, mesmo que se considere a carga de autoplicabilidade e a eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais, a grande questão reside, em verdade, na carência de efetividade dos direitos fundamentais. Embora haja o assentamento da força cogente das normas em voga, a doutrina tradicional peca pelo excesso de formalismo – no sentido de exigir vasta (e desnecessária) carga regulamentar de alguns dos dispositivos da Carta Magna –, servindo o imperativo constitucional de escudo à inércia do agente estatal. Descumprindo-se o comando correlato ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais, quedam-se os Poderes inertes e omissos à demanda legislativa e administrativa que lhes é exigida, recaindo, destarte, na tutela deficiente e na ausência de efetividade de normas da mais elevada importância (CAMPOS, 2015).

Nessa linha, em face do aludido potencial dos direitos fundamentais – de modo e em âmbito geral – e das normas a eles correlatas, partindo da asserção de que decorrente de um

direito sobrevém imediata obrigação³, e sustentando-se ainda o caráter da autoaplicabilidade, expressamente previsto constitucionalmente, é plausível argumentar que, objetivando concretizar a chamada eficácia social, se exija do Estado, com base em tal carga normativa, eventual intervenção positiva e de cunho estrutural, tanto no meio político quanto pela via jurisdicional, de modo a efetivá-los no plano material.

Ressalva-se, em respeito à crítica existente, que a mera consideração dos direitos fundamentais como norma cogente e autoaplicável, independente de maiores regulações para utilização como fundamento, expande a possibilidade de funcionamento destes como discurso aberto de justificação para atos decisórios abrangentes, em detrimento de outras imposições normativas que ocupam igual alocação constitucional.

Em razão do espaço aberto pelo reconhecimento da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais e da força normativa da Constituição, objetivando dar efetividade ao conteúdo programático e aos fins designados pela Carta Política, a subsidiar o intervencionismo proativo e expansionista das Supremas Cortes em tal sentido, surge o ativismo judicial, nos quadros antes discorridos, que se enfrenta necessariamente com os preceitos de outro dogma constitucional, a separação de poderes.

Assim, no mesmo patamar de importância e proteção constitucional dos direitos fundamentais, está posta a dita regra formalista e organizacional do Estado, a qual, para além das concepções ideológicas, se constitui também de mandamento estrutural e cláusula pétreia, nos termos do artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal⁴, assumindo observância cogente e direta, especialmente no que diz com a atuação dos próprios poderes.

A inscrição da fórmula da separação dos poderes no corpo da Carta Política guarda especial relação com a previsão dos direitos fundamentais, na medida em que, cada um a seu turno, propaga-se como instrumento de balizamento da atuação do Estado. Robl Filho (2012, p. 32), em análise dos ideários de Locke, afirma que, pela metodologia, “busca-se impedir que todo o poder esteja concentrado nas mãos de uma pessoa ou órgão, impossibilitando por meio desse arranjo institucional a violação dos direitos naturais que o Estado deve preservar”.

³ Máxima apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet, quando do estudo do direito ao mínimo existencial. O autor sustenta que a realização concreta dos direitos fundamentais atinentes ao mínimo existencial do indivíduo deve se dar independentemente de enfrentamento por parte do legislador, em razão de seu cunho positivo, podendo inclusive agirem os Tribunais quando da verificação da omissão. Ver mais, p. ex., em “*O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência*”, do referido autor. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>. Acesso em 27 out. 2018.

⁴ BRASIL. Constituição Federal. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes; [...]

Tradicionalmente concebida como a divisão das funções do Estado, após constante evolução de seus modelos, Buzzato (2017) relembra a clássica estruturação da teoria separatista, definida inicialmente por Locke e complementada por Montesquieu. Na gênese, o Poder Legislativo seria, pois, o responsável pela edição das leis; o Poder Executivo pela execução das leis; e o Poder Judiciário ficaria restrito à aplicação das leis.

Em maior ou menor grau, considerando as complementações típicas e atípicas de funções conferidas ao longo da história, a dita estrutura segue em vigor em grande parte dos Estados contemporâneos, inclusive no brasileiro, com assentamento constitucional (artigo 2º da Constituição Federal⁵), do qual se extrai o desenho institucional cuja observância é imperativa, instrumentalizado como meio de prevenção do arbítrio.

Nesse contexto, tem-se que o fundamento-base da teoria é, em essência, sempre o mesmo: a criação de um instrumento eficaz que viabilize o controle do Estado pelo próprio Estado. Bem elucida Ferreira Filho (2009, p. 134) que “a necessidade de prevenir o arbítrio, ressentida onde quer que haja apontado a consciência das individualidades, leva à limitação do poder, de que a divisão do poder é um dos processos técnicos e, historicamente, dos mais eficazes”. Em resumo,

Resta claro que a separação dos poderes é princípio necessariamente vigente em Estados que adotem os modelos republicano e democrático como, respectivamente, forma e regime de governo. O referido princípio, nesse sentido, requer a manutenção da titularidade do poder para o povo, atribuindo somente as funções estatais a diferentes órgãos exatamente como forma de garantir os direitos fundamentais aos indivíduos e de assegurar essa manutenção através de controles de poder recíprocos (BUZZATO, 2015, p. 39).

Assim, havendo a firmação da regra separatista como elemento central da ordem do Estado e cláusula constitucional pétrea, com a finalidade elementar de limitação do poder, intocável se torna a extensão de seu conteúdo. Tal cerne deve ser por bem observado pelos jurisdicionados e pelos agentes do Estado na medida de sua atuação, posto que se trata de norma de força máxima no ordenamento, devendo em torno desta se pautarem.

Ao se considerar o princípio da separação de poderes como elemento essencial à proteção e promoção da cartilha de direitos fundamentais, ambos tidos como balizadores do arbítrio e assentados em patamar de imutabilidade no corpo da Carta Magna, uma vez constatado o conflito entre os dogmas, decorrente da atuação do próprio Estado, há que se ter cautela, essencialmente quanto à profundidade da intervenção, sob pena de, à pretexto de

⁵ BRASIL. Constituição Federal. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

concretizar um fundamento, fulminar seu próprio escudo, tornando-o desprotegido e vulnerável à discricionariedade, presente ou futura.

A ocorrência da dita discricionariedade do agente judicial, que pode se dar tanto para mais, no sentido de conferir maior proteção aos direitos fundamentais, também o pode para menos, comprometendo seu núcleo essencial mínimo. O campo mais favorável para a implementação do risco, portanto, crê-se que seja a institucionalização de um sistema em que o Poder Judiciário ocupe posição suprema, onde delibera sozinho acerca de todos os temas da sociedade, ponto sob abordagem no próximo tópico.

2.3 A transferência do poder deliberativo e a concretização dos fins constitucionais: quem controla o controlador?

Reunidas as ideias de confronto entre os dogmas constitucionais da separação dos poderes e dos direitos fundamentais, evidenciado principalmente pela atividade ativista do sistema judiciário, nota-se, nesse cenário, o estabelecimento de certa conexão com as premissas da Escola do Direito Livre. Do início do século XX, a escola já defendia espécie de atuação legislativa do julgador na análise de caso e ampla liberdade ao intérprete da norma, tudo para o fim de atender às vontades sociais e ao senso de justiça⁶, as quais vão reproduzidas contemporaneamente no panorama em comento, diante da evidente transferência de forças e maximização de encargos ao Poder Judiciário, em nome da concretização dos fins postos na Constituição, em cada caso concreto.

Há que se assentar, de plano e como premissa, que a promoção e a efetivação dos direitos fundamentais não se dão – e nem devem se dar – exclusivamente pela ação de apenas um dos Poderes, mas requerem a atuação conjunta de todo o sistema de Estado. Na forma proposta pelo ordenamento jurídico constitucional, cada um dos atores institucionais, em sua esfera e fazendo uso de seus mecanismos, contribui para a concretização material dos objetivos da Constituição, servindo a estrutura da separação de poderes ao balizamento de tais ações.

Ao mesmo tempo, inegável também que a mesma Constituição que cria um sistema de controle harmônico entre os poderes, viabiliza instrumentos que favorecem a atuação judicial

⁶ Sua luta (da Escola), pode-se dizer, era pelas lacunas. O direito constituído está repleto delas, e para preenchê-las é necessário o poder criativo do juiz, daquele a quem cabe resolver os casos que os grupos sociais geram, muitas vezes além e fora das regras constituídas. Acentuou, assim, o direito vivo que preexiste e fundamenta qualquer organização social. Opondo-se à aplicação esquemática da lei, típica do positivismo jurídico, salientou a importância da livre criação do direito. A sentença judicial, dizia, é uma decisão essencialmente criadora do juiz no desempenho de uma ineliminável tarefa pessoal dirigida à realização da justiça (BETIOLI, 2015, p. 442).

intervencionista, sempre com base na carta aberta de direitos fundamentais, nas garantias de acesso à justiça e de inafastabilidade da jurisdição e nos institutos processuais de acionamento judicial por omissão legislativa, por exemplo. E de outra forma é certo que não poderia ser, tendo em conta o modelo de Estado adotado, com marcantes traços sócio assistencialistas, e a nova realidade social, que exigem que tais bases adquiram concretude. Conforme Galuppo (1999, p. 204)

O conjunto de práticas e novos direitos, frutos da diversidade, do pluralismo e da complexidade emergente das sociedades contemporâneas, foram também fomentados pela expansão da vida democrática e do desenvolvimento social e tecnológico. Dentro do contexto democrático e desenvolvimentista surgem novas questões, novos atores, novas demandas a serem apreciadas pelo poder judiciário.

Ainda, com relação às ressalvas a respeito da expansão da intervenção judicial na vida brasileira, Barroso (2015) tece considerações que merecem reprodução. No âmbito político-ideológico, sustenta que juízes e membros de tribunais não são agentes públicos eleitos e, portanto, não gozam de legitimidade popular. Mesmo assim, quando invalidam atos dos demais Poderes ou impõem-lhes deveres de atuação, desempenham eminente papel político. Quanto à capacidade institucional, o autor destaca que, a fim de evitar que o Judiciário se transforme em uma instância hegemônica, devem ser determinados pontos enfrentados pelo Poder que detém maior capacidade de cognição. Por fim, no que se refere à limitação do debate, aponta que a judicialização culmina diretamente na elitização das discussões, com o afastamento da população e a politização dos tribunais.

A grande questão reside, entretanto, na transferência do poder deliberativo de eleição de intervenções para efetivação de direitos unicamente ao Poder Judiciário, e na carência de contenção dos agentes no exercício de tal mister, o que, além de ir de encontro ao mecanismo de controle estabelecido pela própria Constituição, estimula a criação de um “superpoder”, para onde todos – inclusive o próprio Estado – recorrem em caso de necessidade, em transcendência à sua esfera de domínio de atribuições.

O que se pretende sustentar, nessa linha, é que o ponto nevrálgico não se encontra essencialmente nos direitos fundamentais e nas ações destinadas à sua promoção, ainda que instrumentalizadas pelo Poder Judiciário, pois legítimas e assentadas em imperativos constitucionais. Hipótese reversa não encontra esteio, em razão da carga normativa dos referidos preceitos, que demanda frontalmente maior grau de proteção por parte do órgão que é constitucionalmente incumbido de o fazê-lo. Entretanto, há que se evitar a utilização dos preceitos abertos ligados aos direitos fundamentais como método de justificação da atuação de

um Judiciário que “transpassa o sinal”, servindo de mero álibi a uma intervenção exacerbada, e de poderes políticos inertes. Assim, destacam Pinto e Donadelli (2014, p. 45) que

Por mais que haja mudança, o Direito se baseia na Segurança Jurídica, que exige certa previsibilidade das normas e das decisões judiciais. Os destinatários da norma jurídica não podem ser um joguete nas mãos de qualquer tipo de autoritarismo ou voluntarismo de quem quer que seja.

Transmuda-se, nesse cenário, de um Estado de Direito, onde impera a mínima observância à norma jurídica, a um Estado puramente daqueles que interpretam o Direito, no qual se sobressaem entendimentos, não raro diametralmente opostos à própria lei. Cria-se, nas palavras de Cappelletti (1993, p. 47), o “terceiro gigante, capaz de controlar o legislativo mastodonte e o levianesco administrador”. Logo, ao eleger o Judiciário como instância exclusiva de controle e atuação, propagando seu espectro de poder em detrimento do próprio sistema, abre-se margem à institucionalização da autonomia e da autossuficiência.

Inegáveis são os riscos da legitimação do decisionismo. Oliveira (2011, p. 136) sustenta que

Nessa passagem, fica mais uma vez evidente que decisões ativistas devem ser vistas com ressalvas pelos riscos que impõem à democracia, na medida em que, baseadas em valores ou predileções morais, podem vir a limitar as liberdades dos cidadãos. O que se tenta mostrar é que mesmo as posturas ativistas que sejam, a princípio, favoráveis à cidadania e ao regime democrático, são perigosas por abrirem a possibilidade de que as decisões, em momentos políticos delicados, sejam também limitadoras dos atributos da democracia.

No mais, indispensável é que se tenha em conta a guinada promovida no ordenamento pelo neoconstitucionalismo, pela constitucionalização do direito e pela judicialização da política, a partir dos quais se estabelece como desígnio primeiro do Estado a consolidação dos propósitos elencados na Carta Magna e a adequação do meio social em seu entorno. Ainda assim, se mostra imperativa a necessidade de observância aos parâmetros de atuação de cada agente, como forma de resguardo da segurança, tanto jurídica quanto material, evitando, de sobremaneira, a legitimação do “terceiro gigante”, desenhado por Cappelletti (1993), que, de tão controlador, venha a se mostrar alheio a qualquer controle.

Ideal que se advogue, nesses quadros, em favor de uma intervenção jurisdicional responsável, assentada na orientação dialógica entre os atores do Estado, compreendendo, por certo, a necessidade de conferir concretude aos dispositivos constitucionais – especialmente àqueles ligados aos direitos fundamentais –, mas ao mesmo tempo observando as limitações estruturais decorrentes do próprio sistema jurídico.

Fixadas as bases para compreensão geral do tema, cumpre adentrar diretamente na problemática do ativismo judicial, agora em seus aspectos práticos. Valer-se-á, como pano de fundo da averiguação, do sistema prisional, de forma a verificar, em primeira ordem, a legitimidade da intervenção proativa, controlada e dialógica, do sistema de justiça, em face da urgência na tomada de providências a fim de sanar as violações de direitos havidas naquele âmbito.

3 ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA PRISIONAL: DA URGÊNCIA E DA LEGITIMIDADE

Uma vez assentadas as bases para a compreensão inicial do ativismo judicial, o presente capítulo será destinado a colocá-lo em evidência no plano material. Para tanto, traça-se breve panorama acerca das condições do sistema prisional, sob a ótica das violações dos direitos fundamentais dos presos, a ensejar a intervenção proativa do Poder Judiciário para garantia do núcleo essencial mínimo. Na mesma via, abordam-se pontos elementares de pronunciamentos jurisdicionais de Tribunais de grande visibilidade em âmbito interno e externo, a fim de explanar a orientação ativista da jurisprudência.

3.1 Breve panorama do sistema prisional sob a ótica das violações dos direitos fundamentais da população reclusa

A afirmação do Poder Judiciário como instituição garantidora de direitos o coloca em situação de visibilidade e em posição de exigibilidade por parte dos integrantes da estrutura social, uma vez que de onde se esperam práticas que se destinem a resguardar as garantias do maior número possível de sujeitos. Nessa via, é de se assentar, no cenário contemporâneo, o sistema prisional como um dos planos de maior ocorrência de violações de direitos, a exigir especial atenção da organização de justiça, bem como a efetivação de intervenções diretas por parte do Estado como um todo, na tentativa de atenuar o quadro.

Forçoso traçar, pois, panorama do sistema prisional, que se sabe ostentar problemática histórica⁷, endêmica e multifatorial, observando-se especialmente o campo de violações dos direitos fundamentais dos presos, a fim de tornar nítido o cabimento da intervenção expansionista do Estado-juiz naquele âmbito, a partir do ativismo judicial.

Nesse sentido, a construção de um sistema prisional minimamente garantidor das condições básicas de (sobre)vivência dos custodiados exige a superação do panorama de violações ora instalado. Com a vênua de se recair na reprodução dos discursos amplamente já divulgados, em razão de se tratar o estudo de tema recorrente na academia e no meio social, é indispensável, antes de prosseguir na discussão do assunto principal, se ater em pontos atinentes

⁷ Sustenta-se que a inflação dos problemas do cárcere tenha origem ainda no século XIX, a partir de onde já se verificava a questão dos índices de superlotação, hoje acrescidos de forma exponencial. Sobre isso, ver MAIA, Clarissa Nunes; et al (org.). *História das Prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013.

aos elementos estruturais e causais do caos, haja vista que parcela da responsabilidade recai inclusive sobre o sistema de justiça.

De plano, merece registro o fato de que a Câmara dos Deputados instalou Comissão Parlamentar de Inquérito para promover investigações no âmbito do sistema carcerário, concluindo, no ano de 2009, relatório final acerca das condições das prisões e dos detentos. O documento já relatava, à época, diversos níveis de violações, os quais, diante do crescimento exponencial do número de sujeitos submetidos ao cárcere, por certo se multiplicaram. A CPI apontara para a carência de assistência material, no que toca às acomodações das penitenciárias, higiene, vestuário e alimentação, bem como para a inobservância dos critérios legais de classificação e da “mistura” de presos, todos em decorrência da superlotação. Discorreu sobre as deficiências no campo da prestação de saúde física e mental, da assistência jurídica, educacional e social. Desvelou a falta de opções de trabalho intramuros, bem como de políticas de assistência ao egresso, conjunto de lacunas cuja ausência serviria de fomento à retomada da prática delitiva como meio de vida (BRASIL, 2009).

Sob tal cenário, toma-se, fundamentalmente, a superlotação como a grande mácula do cárcere, e dela possivelmente decorrentes todas as demais grandes deficiências. Segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), a realidade prisional do Brasil comporta uma população de mais de 720.000 (setecentos e vinte mil) presos, dentro de um sistema equipado com cerca de 360.000 (trezentas e sessenta mil) vagas, do que se sobressai um déficit de 350.000 (trezentas e cinquenta mil) alocações (BRASIL, 2016)⁸.

O grande contingente carcerário, cumulado com o déficit de vagas, é mola propulsora para o agravamento da conjuntura. Facilita-se, de tal maneira, a ocorrência dos conflitos de convivência, em razão do contato entre sujeitos de personalidade e grau de periculosidade diversos, ao mesmo tempo em que se promove a sujeição e o recrutamento de indivíduos às organizações criminosas. Aliado a tudo isso, o relatório particulariza a instalação da dificuldade de apuração de faltas graves no curso da execução da pena, pela impossibilidade de definição de autoria certa, o que, por conseguinte, impede a aplicação de sanção efetiva (BRASIL, 2009). Torna-se o cárcere uma “terra sem lei”, incrementadas as condições e o sobrepoder da máquina criminosa.

Das conclusões do relatório da CPI, extrai-se, conforme mencionado, a latente falta de assistência e atendimento ao preso em diversas áreas, bem como a carência de ofertas de trabalho, estudo e profissionalização (BRASIL, 2009). A união das conjunturas torna o apenado

⁸ Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

invisível aos olhos da sociedade e do Estado, promovendo o fomento do crime como a alternativa de vida mais natural. Redunda-se, pois, na reincidência – sentido amplo e não meramente técnico –, cujos índices, de acordo com dados do IPEA (2015), já assumem contornos elevados.

Em síntese do cenário, válida é a explanação de Barcellos (2010, p. 07)

A primeira conclusão que se quer enunciar aqui, embora se trate de certo truísmo, é a de que o tratamento conferido aos presos no Brasil, e descrito antes, viola de forma grosseira os direitos humanos. O ponto será aprofundado adiante. A segunda conclusão a apurar é a de que a violação dos direitos humanos dos presos no Brasil constitui o tratamento normal (do ponto de vista estatístico) conferido a tal parcela da população: a rotina e não um desvio eventual. Parece certo afirmar que em qualquer sistema prisional de que se cogite, em qualquer lugar do mundo, sempre será possível observar violações eventuais aos direitos dos presos. A diferença é que em algumas partes do mundo essas violações serão uma exceção, uma anomalia a ser punida pelo direito. Como em qualquer outra área na qual os indivíduos possam exercer liberdade, sempre haverá um percentual de condutas desviantes em relação ao padrão, daí a necessidade da própria existência do direito. No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção. A terceira conclusão é a de que esse tratamento desumano conferido aos presos não constitui um evento novo na história do Brasil.

Essas e outras circunstâncias tornam disposições elementares da Lei de Execução Penal, bem como os diversos princípios constitucionais atinentes à estrutura de regulação das penas, no Brasil, além de letras mortas, utopias. Inicia-se pela transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, fundamento da República e de caráter nuclear no sistema de direitos fundamentais. Resta exposta, ainda, a ocorrência de tortura, tratamento desumano e degradante, implementando-se a aplicação de penas cruéis, cuja vedação sabe-se constar do artigo 5º da Carta Magna, incisos III e XLVII, respectivamente. Mais. Ignoram-se, de igual forma, as disposições dos incisos XLVIII e XLIX, do mesmo dispositivo constitucional, os quais estabelecem a necessidade de critérios de distinção de alocações de presos e fixam o dever de assegurar-lhes respeito à integridade física e moral (CAMPOS, 2016).

Sustenta-se, em hipótese de explicação às causas do fenômeno estrutural da deficiência do sistema prisional, que as circunstâncias fundantes do colapso transcendem as esferas da falta de informação, de recursos, de interesse político-social ou de amparo legal. Se relacionam, em verdade, à concepção geral da dignidade humana não como condição vinculada direta e simplesmente à existência do sujeito, mas como elemento variável àquilo que faz ou deixa de fazer e ao seu comportamento no meio social (BARCELLOS, 2010).

A naturalização do quadro de violações do sistema e sua consolidação como cenário de normalidade constitui-se elemento basilar para o fomento da inércia dos poderes públicos para com a adoção de medidas eficazes à reparação do cárcere, sedimentando o bloqueio político-institucional já existente.

Fala-se, pois, na integração dos poderes como futurível, alternativa para a construção de uma relação necessária e destinada à consecução de objetivos comuns do Estado (DALLARI, 1980). Para tanto, a própria Constituição estabelece um eixo de intersecção e interdependência entre as instituições e ao mesmo tempo desenha uma teleologia, a partir da qual o Judiciário se escuda para ordenar o cumprimento de políticas públicas, tal como se pretende no caso do sistema penitenciário.

Visto isso e, objetivando demonstrar, de forma prática, que os poderes públicos não devem estar alheios ao quadro de violações de direitos dos presos, porquanto cientes da problemática endêmica havida naquele âmbito, mister discorrer acerca do posicionamento jurisprudencial direcionado a garantia dos direitos fundamentais dos encarcerados por uma via jurisdicional proativa, ponto do próximo tópico.

3.2 Do ativismo judicial no sistema prisional e da capacidade de intervenção jurisdicional para a garantia dos direitos fundamentais dos presos

Considerando se tratar o Poder Judiciário o palco máximo das intervenções destinadas à garantia de direitos em xeque, de rigor que se analise, primeiramente, o posicionamento jurisprudencial acerca do reconhecimento do quadro de violações instalado no sistema prisional e das providências adotadas para viabilizar sua atenuação. Toma-se, pois, como primeiro expoente, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário n.º 592.581⁹, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

⁹ EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau

O resumo da controvérsia gira em torno de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face do Poder Executivo Estadual, requerendo a condenação do ente público à realização de reformas na estrutura do Albergue Estadual de Uruguaiana, em razão da precariedade das condições às quais estavam submetidos os detentos. O pleito logrou procedência em primeiro grau, tendo sido posteriormente reformado em sede recursal, oportunidade em que o Tribunal de Justiça do Estado entendeu não competir ao Poder Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida invasão em campo reservado à Administração Pública (BRASIL, 2015).

Dos quadros da decisão extrai-se que o órgão recursal de segundo grau, pautado na orientação da autocontenção jurisdicional, buscou expor diretrizes de que não caberia ao Poder Judiciário delinear intervenções em políticas públicas, em clara oposição às linhas da teoria ativista, primordialmente traçadas neste escrito.

Assentara a decisão, que posteriormente veio a sofrer reforma pela Suprema Corte, que o Estado teria discricionariedade para dispor do orçamento e escolher quais obras realizar, bem como que não seria dado ao Judiciário intrometer-se em questões de governo, impondo ao Poder Executivo obrigação de fazer (BRASIL, 2015).

À exemplo do pronunciamento em comento, observa-se que o argumento de contestação da intervenção jurisdicional é, em linhas gerais, quase que sempre o mesmo: quanto maior a atuação expansionista do Poder Judiciário, na busca pela implementação dos direitos fundamentais, maiores são as críticas a respeito de sua legitimidade. Questão diuturnamente trazida é a existência de condições de possibilidade de juízes, não eleitos pela maioria, controlarem os atos daqueles que gozam de aval popular prévio, cedendo espaço o princípio da maioria à supremacia da Constituição (LEAL, 2012). Aliado a isso, busca-se escudo recorrente em uma concepção tradicional e restritiva do dogma da separação dos poderes, cujos traços antes foram discorridos.

Entretanto, em torno do caso em voga, entendeu o STF que o mérito da questão debatida exigiria atuação diversa do sistema de justiça, de modo a garantir a efetividade mínima dos direitos cuja materialização estaria em risco. Por unanimidade, então, a Suprema Corte revalidou a decisão de primeiro grau.

Vale afirmar, sob tal panorama, que o fundamento da intervenção jurisdicional na esfera do sistema prisional se baseia na posição central da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional pátria, que permite a atuação judicial destinada ao asseguramento de seu

argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. PUBLICADO NO DJE 01/02/2016 - ATA Nº 1/2016. DJE nº 18, divulgado em 29/01/2016.

conteúdo mínimo aos indivíduos, sob qualquer circunstância, especialmente quando estes privados da liberdade (BRASIL, 2015).

Mais. O próprio ordenamento jurídico exige que assim se proceda, na medida em que dotou as normas concernentes aos direitos fundamentais de aplicabilidade – e, portanto, exigibilidade – imediata, nos quadros antes evidenciados. A estrutura jurídica fornece ainda amplo amparo normativo para a tutela dos direitos fundamentais dos encarcerados, isso considerando o vasto arcabouço legal interno – composto por princípios¹⁰, previsões constitucionais¹¹ e leis expressas¹² – e o de ordem externa, formado por inúmeros tratados do qual o país é signatário.

Tomando-se como premissa o fato de que o preso não possui liberdade de fato, sua liberdade jurídica, dentro da qual subsiste sua integridade, deve ser tida como direito de defesa. Estes, ao contrário dos direitos prestacionais, cuja implementação se satisfaz por qualquer providência adotada pelo legislador ou pelo administrador, somente são respeitados caso o Estado se abstenha de todos os comportamentos que possam lesá-los. Não há falar, no que toca aos direitos de defesa, em discricionariedade legislativa ou executiva para o fornecimento das condições materiais necessárias ao seu resguardo (BRASIL, 2015).

Vê-se, assim, que não faltam fundamentos para alicerçar a atuação jurisdicional, nos moldes já intentados pelos juízos, tampouco se mostra necessária a construção de bases retóricas para justificar sua legitimidade. Basta que coloquem em prática os inúmeros comandos legais existentes no ordenamento, conferindo-lhes a efetividade que lhes é imanente, para que a tutela dos direitos dos indivíduos privados da liberdade seja infimamente observada. Nesse sentido, Barcellos (2010, p. 16) ressalta que

A proteção das minorias demanda, e o ponto já não envolve controvérsia, outros mecanismos institucionais que se aglutinam, sobretudo, em torno do Poder Judiciário. No direito brasileiro, ademais, existem instituições públicas – o Ministério Público e a Defensoria Pública, em particular – que, diante da grosseira violação dos direitos dos presos e da legislação pertinente, teriam o poder-dever de submeter a questão ao Judiciário. Ainda que possam ser descritos como contramajoritários, tais mecanismos não são antidemocráticos, muito ao contrário. No caso aqui em exame, o termo contramajoritário sequer seria adequado para descrever eventuais iniciativas – não

¹⁰ BRASIL. Constituição Federal. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

¹¹ _____. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVII - não haverá penas: e) cruéis; [...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; [...]

¹² _____. Lei de Execução Penal. Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

oriundas do Executivo ou do legislativo – destinadas a garantir os direitos dos presos. Como se viu, independentemente de outras discussões, tais direitos já constam de textos normativos que foram objeto de deliberação das majorias, a saber: a Constituição e a legislação.

Necessário destacar, entretanto, que o juiz não legisla, tampouco é executor de política pública. Todavia, não deve ser omissivo. Deve, pois, haver equilíbrio entre a omissão e o ativismo, na medida em que não pode, e nem deve pretender, o magistrado substituir o gestor público. Pode, contudo, compeli-lo, valendo-se de medidas eficazes, ao cumprimento do programa constitucional vinculante, especialmente no que concerne à dignidade dos encarcerados e ao respeito à sua integridade física e moral (BRASIL, 2015).

Ao cabo de se adotar exclusivamente a faceta do ativismo, “o juiz não só pode, mas na realidade deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação” (DALLARI, 2002, p. 99). É de se arredar, pois, o legalismo formalista que serve apenas de fomento ao posicionamento omissivo, para que, rompendo com os entraves das mais diversas ordens, se efetivem as providências mínimas a fim de garantir a materialização do projeto de direitos previsto no ordenamento.

Na mesma esteira de tais fundamentos, reconheceu-se, por unanimidade, o cabimento do pleito do Ministério Público postulado na origem, fixando o Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário em testilha, inclusive em regime de repercussão geral, a tese de que

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (BRASIL, 2015).

De tal sorte, tendo em conta a exposição do julgado e as conclusões obtidas, observa-se a inclinação do STF para o fim de tornar legítima a intervenção do sistema de justiça destinada a garantir o núcleo essencial da dignidade dos presos, afirmando como válida e constitucionalmente adequada a atuação expansionista do Poder Judiciário.

Evidentemente que é temerário credibilizar intervenção ilimitada e alheia à controle por parte do sistema de justiça em órbitas que, tipicamente, lhe fugiriam da competência, sob pena de se institucionalizar a aquisição de forças sobressalentes, dando azo à formação de um superpoder. De todo modo, nas palavras do Ministro Edson Fachin, “é possível, assim, uma atuação que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista, mas que garanta o

direito fundamental do preso à sua integridade física e moral durante sua custódia pelo Estado” (BRASIL, 2015, p. 82).

Ainda assim, diante do quadro de violações reiteradas de direitos fundamentais dos indivíduos sujeitos ao cárcere, e, portanto, ao texto da Constituição e ao propósito por ela estatuído, urge a tomada de providências por algum segmento do Estado. O ideal, por certo, é o desempenho de ações conjuntas – alternativa de sedimentação à médio e longo prazo –, muito embora o cenário que ora se delineie é de resignada omissão dos poderes políticos, à beira do total colapso.

De rigor fazer destaque, ainda nas linhas da guinada ativista adotada pelos órgãos jurisdicionais, que no plano do direito internacional o tema também possui recorrência. Ainda como expoente do intervencionismo judicial em nome da garantia dos direitos fundamentais, especificamente no plano do sistema prisional, têm-se as disposições da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 14 de novembro de 2014, trazendo considerações acerca do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado em São Luiz/MA.

Na oportunidade, o órgão internacional chamou a atenção para o dever do Estado brasileiro de adotar as medidas necessárias para reduzir a superlotação em estabelecimentos de privação de liberdade, superar as causas da violência documentadas no dito Complexo Penitenciário, assegurar a identificação dos funcionários envolvidos em atos ilícitos lá ocorridos e garantir as condições de segurança e respeito à vida e à integridade pessoal de todos os internos, funcionários e visitantes. A intervenção se deu com base nas inúmeras notícias de violações de direitos fundamentais dos presos, que tomaram repercussão internacional, especialmente os episódios de mortes violentas havidas no âmbito do centro penitenciário em razão de conflitos entre facções rivais, das ocorrências de casos de tortura e maus-tratos praticados inclusive por funcionários, e da falta de assistência a ser prestada pelo Estado (CIDH, 2014).

Transpassados quase quatro anos da primeira intervenção, a Corte expediu nova Resolução, em 14 de março de 2018, basicamente reiterando os termos do documento outrora publicado. A respeito da superlotação, reconheceu o esforço do Estado, materializado na construção de novas unidades prisionais, assinalando, contudo, a insuficiência, dado o aumento exponencial da população carcerária. Apontou, de forma incisiva, necessidades prementes, tais como a separação de presos, a prestação de assistência médica e o fornecimento de condições básicas de higiene e alimentação, a implementação integral das audiências de custódia e a realização de mutirões carcerários, para análise e julgamento célere de casos. Destacou, no mais, a indispensabilidade da elaboração, em prazo fixado, de diagnóstico técnico e estrutural

do complexo prisional, a contemplar a reforma da infraestrutura e propostas para a redução do contingente, denotando a possibilidade de realização de novas diligências para a verificação da efetivação da ordem (CIDH, 2018).

Nesses quadros, observadas as conclusões obtidas pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário acima comentado, bem como as determinações do organismo internacional dirigidas ao Estado brasileiro, denota-se a preocupação do sistema de justiça a respeito da problemática do cárcere. Nada obstante, a Suprema Corte já debatia amplamente em torno da situação no ano de 2015, em razão do pleito de importação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, também como alternativa à resolução da questão do sistema prisional, tudo no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, a seguir explanada.

3.3 A multidimensionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional como instrumento de intervenção: origem, critérios e importação

Partindo da mesma linha de posicionamento externado, de assentamento da legitimidade das intervenções proativas do Poder Judiciário em espectros alheios ao seu âmbito principal de abrangência, sempre em nome da tutela dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem liminar, no ano de 2015, no bojo da ADPF n.º 347¹³, reconhecendo a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro e determinando a adoção de providências pelos agentes estatais, visando suavizar o panorama.

A técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional surgiu, originariamente, na Colômbia em 1997, e desde então foi reiteradamente utilizada pelos Tribunais Constitucionais de diversos países, incluindo o Brasil por meio da recente ADPF n.º 347, ainda em aberto no

¹³ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. PUBLICADA NO DJE EM 11/09/2015. ATA Nº 24, de 09/09/2015. DJE nº 181, divulgado em 11/09/2015.

Supremo Tribunal Federal. Busca-se, por meio do instrumento, constatar e declarar que determinados “estados de fato” estariam a violar a Carta Magna, e a partir disso, provocar a atuação dos agentes de Estado responsáveis para dirimi-los.

A inauguração do uso da técnica se deu no bojo da *Sentencia* n.º SU-559, de 06/11/1997, em caso submetido à Suprema Corte Colombiana: professores municipais, contribuintes de fundo de previdência social, tiveram seus direitos previdenciários recusados por autoridades locais, que lhes negaram benefícios de seguridade social (CAMPOS, 2016). Ao investigar a raiz do problema, o Tribunal verificou que o número de profissionais afetados com a prática da municipalidade em debate transcendia os litigantes, lesando quantia indeterminada de pessoas. Reconheceu, pois, um estado de coisas que violaria a Constituição – inconstitucional, portanto – e determinou a adoção de providências em âmbito geral a fim de corrigir o quadro e garantir a tutela dos direitos previdenciários em voga (COLÔMBIA, 1997).

Fixaram-se, após a sedimentação da jurisprudência colombiana, como base para implementação do instituto os seguintes fatores valorados

*(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y cordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (COLÔMBIA, 2004, p. 04).*¹⁴

Vislumbra-se, diante disso, a elaboração de um instrumento complexo e multidimensional, amparado na detecção material de requisitos amplos e abrangentes, semelhantes à amplitude das causas que dariam vez à sua constatação e de igual forma às intervenções dela decorrentes.

¹⁴ Tradução livre: (i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, que afetam um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação cautelar como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de diversas entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e requer um nível de recursos que demanda importante esforço orçamentário; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorressem à via jurisdicional para obter a proteção de seus direitos, haveria grande congestionamento de pleitos.

A importação da técnica ao plano nacional exige a verificação certa dos pressupostos acima explanados. Tais requisitos, no caso do sistema prisional, sustenta-se, estariam suficientemente demonstrados, a ensejar a adequação do instrumento com a normativa interna e favorecendo-se, de tal sorte, sua aplicabilidade.

Em primeiro lugar, o sistema carcerário brasileiro reveste-se da violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais dos presos, no que toca especialmente à dignidade, vedação da tortura e tratamento desumano e aplicação de penas cruéis, todos com assento constitucional e infraconstitucional. Em segundo plano, tais violações se encontram umbilicalmente ligadas à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, em âmbito geral de Estado, no cumprimento de seu dever de tutela: se quedam inertes tanto na produção legislativa quanto na execução da normativa já posta como base de políticas públicas. Por terceiro, a eliminação de tal estado de coisas somente se faz possível mediante atuação conjunta dos diversos órgãos do Estado, conferindo alcance orgânico à soma de medidas adotadas. O quarto e último pressuposto, por fim, também resta configurado, haja vista que se o grande número de afetados pelas violações antes discorridas buscasse, individualmente, a tutela jurisdicional, promover-se-ia grande congestionamento da máquina judiciária (CAMPOS, 2016).

No campo da decisão judicial propriamente dita, o pleito posto na ADPF n.º 347 logrou parcial êxito em sede liminar, na medida em que o Tribunal determinou a realização de audiências de custódia e o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. Embora o mérito do feito até então não tenha sido devidamente apreciado, as aludidas providências cautelares determinadas pela Suprema Corte promoveram reflexos em diversos entes da federação, ainda que a passos lentos. Conforme dados de relatório do Conselho Nacional de Justiça (2017), evidencia-se evolução paulatina no que toca à realização das audiências de custódia. Na mesma via, na esteira do que demonstram os registros do andamento processual da ADPF, já existem determinações diretas à União para que libere o saldo das verbas antes contingenciadas do FUNPEN aos respectivos estados, para implementação de reformas no sistema prisional¹⁵.

Aguarda-se, no mais, a discussão de mérito, para onde foram direcionadas as grandes intervenções estruturais pretendidas pelo programa, de maior cunho ativista. Almeja-se a determinação à União, e posteriormente, aos estados, elaboração de planos nacional e estaduais direcionados à superação do estado de coisas e à garantia dos direitos fundamentais dos presos,

¹⁵ STF. Acompanhamento Processual. ADPF 347. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 21 nov. 2018.

com a fixação de metas, direcionamento de orçamento, além do estabelecimento de cronogramas e propostas de atuação para adequação da execução penal aos parâmetros legais em vigor, os quais correriam sob a supervisão da Suprema Corte (BRASIL, 2015).

De outro lado, em linhas gerais, no que diz com as particularidades estruturais do instrumento, sua amplitude o torna passível de contestação. Apesar de declarar ansiar pelo sucesso da técnica, no ponto em que se propõe a estabelecer diálogo entre os poderes, Streck (2015) não deixa de tecer críticas ao instituto, máxime quanto ao espectro de abrangência resultante dos elementos que dão azo à sua constatação. O autor sustenta que, se acaso seguida à risca a doutrina, ao menos no plano nacional, quando posta em xeque com o cenário social brasileiro, o resultado banalizado e eminente seria a declaração de inúmeros Estados de Coisas Inconstitucionais, servindo-se a tese de justificativa e legitimação a qualquer tipo de escolha ativista, circunstância antagônica ao projeto democrático. Argumenta ainda que, dadas as disposições legais adotadas pelo sistema brasileiro, a Suprema Corte deveria limitar-se a declarar a inconstitucionalidade de normas, e não de estados de fato.

Entende-se, porém, que a materialização de tais estados de fato se dá, justamente, pela inobservância das perspectivas constitucionais. Exatamente em razão da carência de efetividade das normas, proveniente da omissão do próprio Estado, conforme antes referido, é que se abre espaço para a afirmação das circunstâncias fáticas em debate, em visível correlação.

Mais. Na esteira dos pressupostos observados para a decretação do ECI, não seria possível indicar com certeza, é bem verdade, dentre os tantos problemas de violações de direitos havidos no âmbito nacional, todos os quais se encaixariam no conceito. Entretanto, eventuais dificuldades encontradas para sistematizar o alcance do termo não impedem a constatação, em uma zona de certeza positiva, de que o sistema prisional brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015).

Na mesma via, ao cabo das reiteradas qualificações de ativismo judicial que perpassam a aplicabilidade do instituto do ECI, acerca, essencialmente, da legitimidade democrática dos Tribunais para determinarem a adoção de medidas estruturais, o fato é que os casos que ensejaram sua decretação na jurisprudência internacional, mediante observância rigorosa dos pressupostos estabelecidos, revelaram a ineficiência da atuação legislativo-administrativa. Desagua-se, então, diretamente na frustração de efetivação ou violação de direitos fundamentais, justificativa hábil, por si só, a superar uma concepção ortodoxa da separação de poderes (CAMPOS, 2016).

No que toca aos principais pontos da figura, tem-se que a declaração do ECI em uma democracia constitucional, diante de sua orientação pragmática, assume uma finalidade prático-

fundamental de impulsionar o aparato estatal para que implemente políticas públicas objetivando sanar a violação massiva de direitos detectada. Assume a medida, dentre outros desígnios, a função de servir de instrumento de estímulo, ou coerção, à atuação dos poderes eleitos, a quem então caberia o desenho específico das intervenções, de forma conjunta em um processo colaborativo entre todos os envolvidos (GARAVITO, 2009).

Ao mesmo tempo em que a aplicação do instituto deve se dar de forma extraordinária, reconhece-se que se trata de uma arma importante e poderosa, capaz de ampliar o potencial de intervenção do Supremo Tribunal Federal, não sobre normas jurídicas, mas sobre situações de fato. Quanto à legitimidade da atuação da Corte por meio da técnica em voga, entende-se como demonstrada se estando diante de um quadro de falência dos demais poderes – como no caso do sistema carcerário –, especialmente se cumulado com um bloqueio institucional que culmina na inércia tanto legislativa quanto executiva, geradoras de grave problema constitucional no campo dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2015).

É de se reiterar o fato de que a instrumentalização do instituto no âmbito do sistema jurídico interno deve se dar de forma excepcional. De acordo com a lição internacional, primeiro porque demanda vasta intervenção da Corte em processos de ordem legislativo-governamental, se prostrando diante do dogma da separação dos poderes; segundo porque o Tribunal possui capacidade institucional limitada de execução das providências estruturais necessárias; e terceiro, porque implica diretamente no reconhecimento, por parte da Corte, do fracasso da atuação dos demais poderes, conjectura politicamente custosa (GARAVITO, 2009).

Dito isso, em que pesem as críticas direcionadas a fulminar a intervenção expansionista do Poder Judiciário, tem-se que a Suprema Corte vem mantendo posicionamento firme no sentido de tornar legítima a atuação guiada pela linha ativista, tencionando compelir os demais pilares do Estado a conferir efeito ao programa constitucional vigente, que resguarda direitos de especial ordem aos sujeitos privados da liberdade.

Assim, com base na premissa de superação da concepção estática do funcionalismo do Estado, trata-se, no próximo capítulo, acerca de um modelo integrativo de jurisdição constitucional, dirigido essencialmente ao enfrentamento do quadro de violações havido no âmago do cárcere e alicerçado no suporte prestado pela atual jurisprudência dos tribunais.

4 A EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA PRISIONAL: INTEGRAÇÃO COMO MODELO E AVALIAÇÃO DE RESULTADOS

Já delineadas as peculiaridades do quadro de violações de direitos fundamentais na órbita do sistema prisional brasileiro e averiguada a extensão das intervenções jurisdicionais, caberá tratar, neste particular, a respeito de um modelo ideal de ativismo, de cunho dialógico, perpassando pela necessidade de integração da estrutura de Estado. Em sequência, retoma-se o panorama do cárcere, a fim de visualizar a recorrente utilização do cenário de crise como metodologia de justificação para a inércia. Volve-se, finalmente, ao ativismo judicial na jurisprudência internacional, buscando suporte no direito comparado, com o fito de apurar, junto das experiências dos tribunais constitucionais americanos, possíveis alternativas ao panorama interno.

4.1 Ativismo dialógico e Constituição: a integração entre os Poderes como modelo necessário

A assunção do papel de protagonista por parte do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, nos moldes alhures discorridos, redundará na propagação da ideia de transferência das responsabilidades pela firmação da pauta constitucional única e exclusivamente aos órgãos jurisdicionais, criando-se cenário propício à expansão indevida da circunscrição decisória.

Os riscos inerentes à prática ativista – em um viés restrito – são diversos, ao ponto de comprometer o arranjo do próprio ordenamento jurídico constitucional. Relembra-os Pisarello (2007): falta de legitimidade e estrutura, ausência de competência técnica e representatividade dos órgãos jurisdicionais, ofensa à separação de poderes e atuação contra majoritária.

De outro lado, tanto ou mais prejudicial à consecução do programa de Estado disposto na Carta Magna é a inércia omissiva dos poderes eleitos, na medida em que se furtam da proposta elementar consagrada no âmbito da Lei Maior, tida justamente como a concretização de direitos, cada qual a seu turno e a partir de seus próprios instrumentos.

Constatam-se, nesses quadros, bloqueios políticos e institucionais que impedem a realização de direitos, fazendo com que a jurisdição, mesmo não sendo a instância ideal e que sequer disponha de todas as ferramentas necessárias, torne-se o único fragmento do Estado com a capacidade de desatramar o estancamento (GARAVITO; FRANCO, 2010). Tal cenário é ressaltado no caso do sistema prisional, tomado como espectro de análise no presente escrito,

onde a inatividade política repercute na instalação de um hiato entre o rol de garantias e a realidade dos reclusos.

Institui-se, assim, um quadro contraditório e inconsistente: de um lado, um dos atores do sistema, em tese, avança o sinal e adentra na esfera de competência dos demais. De outro, os também integrantes quedam retraídos e abrem espaço à tal incursão. Ao fim e ao cabo, nenhum executa satisfatoriamente sua finalidade típica, subsistindo, em meio a tudo, sérios prejuízos aos direitos fundamentais. E é justamente esse cenário que deve ser refutado, a partir da organização de práticas que objetivem a integração da estrutura de Estado, de modo a garantir o alcance finalístico do propósito comum.

A superação da concepção clássica do ativismo e a promoção de atuação estrutural recaem na necessidade de implementação de um modelo ideal de ativismo judicial dialógico, caracterizado por três traços marcantes. Em primeiro plano, as sentenças dialógicas, proferidas pelos Tribunais, individualizam-se pela emissão de ordens abertas, proporcionando aos demais Poderes que acrescentem elementos, na medida de sua competência. Por segundo, a implementação de tais ordens se dá a partir da fiscalização pública e periódica, cabendo a complementação durante o processo de execução. Por terceiro, em face da amplitude da intervenção, inclui-se como necessário o envolvimento dos diversos atores sociais, direta ou indiretamente afetados pela prática (GARAVITO; FRANCO, 2010).

Sob tal ótica, o Poder Judiciário, instado a se manifestar para o fim de conferir efetividade aos direitos fundamentais em tese inobservados, deverá suscitar amplo chamamento dos demais setores responsáveis pela concretização, de modo a institucionalizar um constitucionalismo de viés cooperativo, não restringindo ao seu âmbito a capacidade deliberativa. O impulso jurisdicional, dirigido substancialmente ao diálogo, serve de instrumento à superação dos quadros de supremacia judicial, abrindo espaço à supremacia constitucional.

Assim, tem-se que

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 sociedade (CAMPOS, 2006, p. 240).

Entretanto, em essência, o atual direcionamento da jurisprudência ativista, ao menos da grande maioria, no Brasil, se mantém sob uma contumaz perspectiva deliberativa da Suprema Corte, de moldes mandamentais e monológicos, tão somente, dissonantes da ideia da construção

de uma jurisdição supervisora (VIEIRA; BEZERRA, 2015). A experiência internacional, em especial aquela encampada pela Suprema Corte colombiana, conforme se analisará na sequência, revela a necessidade de implementação de uma atividade estruturante, onde o Judiciário encarrega-se, além da movimentação decisória, do exercício de função social, de forma oposta à inclinação equidistante e ordenadora verificada em âmbito local.

Nessas linhas, como paradigma, observe-se a atuação do Tribunal Constitucional Colombiano, em uma das intervenções ativistas que empreendeu

Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia. (COLOMBIA, 2004, p. 103)¹⁶.

De se ver, pois, que a referida Corte assinala o caráter integrativo da intervenção, optando por ressaltar a capacidade de atuação de todos os entes envolvidos, cada um em sua esfera de competência. Mais. Sustenta a inclusão da sociedade no processo.

Nesse último ponto, mostrou-se válida a perspectiva do Tribunal quando promoveu a incorporação de comissões populares – semelhantes à figura do *amicus curiae* do sistema brasileiro, em uma concepção mais abrangente – no plano estrutural a ser desenvolvido, em exercício de função de fiscal. O povo, envolvido no processo de superação do quadro de coisas inconstitucional, se qualificaria como vetor das decisões e da execução, traço que de igual forma poderia bem ser implementado internamente.

A utilização do *amicus curiae*, como instrumento de participação popular nos procedimentos levados à efeito no plano nacional, é passível de consideração e fomento, uma vez que previsto expressamente no bojo do Código de Processo Civil¹⁷, mesmo que a

¹⁶ Tradução livre: “Isso não implica que, por meio de uma tutela, o juiz esteja ordenando uma despesa não orçada ou esteja modificando a programação orçamentária definida pelo Legislador. Tampouco está delineando uma política, definindo novas prioridades ou modificando a política elaborada pelo Legislador e desenvolvida pelo Executivo. A Corte, levando em conta os instrumentos jurídicos que desenvolvem a política de atenção à população deslocada, o desenho dessa política e os compromissos assumidos pelas diferentes entidades, apela ao princípio constitucional de colaboração harmoniosa entre os diferentes poderes para assegurar que o dever de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes do território nacional seja cumprido, e que os compromissos definidos para tal proteção sejam cumpridos com seriedade, transparência e efetividade”.

¹⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de

deliberação acerca do ingresso fique adstrita ao crivo do juiz, que, de forma casuística, pode denegá-lo e aceitando-o, delimitará os poderes.

Nessas linhas, em que pesem as ressalvas, forçoso reconhecer que o atual panorama da jurisdição brasileira já revela maior abertura do Supremo Tribunal Federal à sociedade civil por meio de audiências públicas, o que “pode ser uma tentativa de ouvir os segmentos sociais interessados na demanda posta em julgamento e um mecanismo apto a conferir maior legitimidade às suas decisões” (CARVALHO; VIEIRA; CAMPOS DE RÉ, 2009, p. 03), ainda que de forma potencial e em perspectiva não absoluta, observada a limitação participativa e a não representatividade integral. Contudo, apenas ouvir o meio social não basta. Imprescindível que os representantes daqueles que de alguma forma sejam alcançados pela intervenção ocupem linha de frente no processo, envolvendo-se diretamente na consecução.

Assim, o chamamento de novos atores sociais ao debate no entorno dos direitos fundamentais, nesses casos, especialmente dos representantes de organizações populares, tem a capacidade de incluir na problemática sujeitos que, à primeira vista, estão alheios à esfera legislativa e representativa, alcançando-lhes a possibilidade de discutir temas essenciais e provocar reações mobilizadoras no que concerne às medidas adotadas (CAMPOS, 2016). Se a legitimidade das escolhas políticas advém justamente da sociedade, viável então que se chame a sociedade ao processo, conferindo-lhe voz e vez e atribuindo-lhe papel específico, de modo a afastar a pecha antidemocrática da intervenção e suavizar, a partir de meios paulatinos de representatividade, o panorama de equidistância judicial.

Imperioso assentar, no mais, que a partir de outros moldes o procedimento dialógico não poderia correr, haja vista o caráter dirigente da Constituição Brasileira de 1988, assim definida – em linhas sintéticas – por Canotilho (1994) como aquela que estabelece determinações a respeito dos fins e tarefas do Estado. De rigor destacar, nessa senda, que o constitucionalismo dirigente não estabelece linha única de atuação ou subtrai a liberdade dos poderes políticos, cabendo a estes selecionar e especificar sua atividade a partir dos fins constitucionais e do programa instituído (BERCOVICI, 1999).

Vencida tal questão, uma vez assentado o modelo de atividade interventiva dialógica como maquete ideal do ativismo, importa analisar, de forma mais detida, o discurso da precariedade do sistema como metodologia de justificação da violação de direitos no espectro

pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. [...]

do campo prisional, cuja subsistência não mais se legitima, dada a possibilidade de utilização de instrumentos voltados à sua superação.

4.2 A precariedade do sistema como metodologia de justificação da violação de direitos dos presos e alternativas para superação do quadro

A postura ativista dos juízes e Tribunais pode se tornar conveniente aos demais Poderes do Estado quando diante de assuntos conflitantes, na medida em que não se veem compelidos a arcar com os respectivos ônus políticos decorrentes (CARVALHO; VIEIRA; CAMPOS DE RÉ, 2009, p. 03). Partindo da premissa de uma estagnação conveniente, vê-se que o cenário de omissão se agrava ainda mais quando se reportam os agentes à própria estrutura do Estado para a criação de entraves às possíveis soluções aos gravames.

Nesse sentido, ainda tomando por contexto os elementos considerados para a verificação de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, vê-se que

No ECI, operam estruturas políticas fracassadas, políticas públicas ineficientes, de resultados indesejados que implicam a violação generalizada de direitos fundamentais. Bloqueios ou desacordos políticos insuperáveis, falta de vontade política, pontos cegos legislativos, temores de custos políticos e a falta de interesse na representação de certos grupos sociais minoritários ou marginalizados são fatores de incapacidade da democracia parlamentar para resolver problemas de direitos fundamentais. São vícios que implicam a debilidade de formulação de políticas públicas minimamente eficientes (CAMPOS, 2016, p. 246).

Sob tal panorama, vislumbra-se a instalação de óbices no âmbito político que inviabilizam a concretização de ações voltadas ao desenvolvimento e reestruturação do sistema. Redunda-se, assim, na judicialização das políticas públicas, destinada ao suprimento das lacunas deixadas pelos demais Poderes.

Sem embargo das ponderações já trazidas ao longo do presente escrito, torna-se a discutir determinados aspectos afetos ao campo prisional, uma vez que as condições correlacionadas ao cenário vão justamente utilizadas como fundamentação da inércia omissiva, que ocasiona a violência à cartilha de direitos fundamentais. O discurso é retórico: utiliza-se do próprio sistema para dar assento às falhas que apresenta.

E a asserção se repete, de igual forma, no meio social: a mesma comunidade que clama pelo cumprimento das leis e pelo máximo funcionamento das estruturas, fecha os olhos à questão do sistema carcerário (CARVALHO; VIEIRA; CAMPOS DE RÉ, 2009). Mais. Torna-

se até conivente, ainda sabendo que o cenário representa a maior inobservância possível às bases do ordenamento jurídico.

Nessa senda, passa-se à análise dos discursos e conjunturas, bem como das possíveis alternativas dirigidas à suplantação.

Em exame aos termos da decisão liminar proferida no bojo da ADPF n.º 347, pelo STF, vislumbram-se duas medidas pontuais, destinadas à superação do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional: a determinação de realização de audiências de custódia em âmbito nacional e as ordens de descontingenciamento e abstenção de novas privações das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, proferidas em face da União (BRASIL, 2015).

No que concerne à audiência de custódia, os relatórios disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça dão conta da implantação do projeto em âmbito nacional. Os resultados, porém, demonstram a preponderância da manutenção da segregação do preso. No Estado do Rio Grande do Sul, os índices de confirmação da prisão superam 80%, contrastados com pouco mais de 15% de concessões de liberdade provisória (BRASIL, 2018). Sem que se adentre no mérito do preenchimento dos critérios legais para subsistência majoritária da segregação, os dados estatísticos denotam alarmante discrepância, evidenciando a prisão como regra estrutural do sistema e elemento cultural, preponderando sobre a condição de liberdade – direito fundamental que é. O prisma da superlotação que ensejou a detecção do ECI segue recorrente, portanto.

Já o Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela Lei Complementar n.º 79, de 1994, com o objetivo de proporcionar recursos e meios para financiar o aprimoramento do sistema penitenciário, por meio de reformas e construções de unidades, manutenção dos serviços, especialização, aquisição de materiais, assistência ao preso, dentre outras medidas (BRASIL, 1994). Assentou-se, contudo, à época da apreciação da liminar na ADPF n.º 347, que o saldo disponível no Fundo era de R\$ 2,2 bilhões, os quais não eram utilizados para a finalidade legal, sendo objeto de contingenciamento apenas para garantir o alcance de metas fiscais (BRASIL, 2015). Via-se, assim, novo aproveitamento do próprio sistema como justificativa aos entraves e ao comodismo, máxime considerando o procedimento claramente burocrático e ineficiente relacionado à efetivação de projetos relacionados aos recursos constritos.

Não prosperam, diante de tal quadro, os argumentos relacionados à teoria da reserva do possível – recorrentemente invocada – sob a perspectiva dos custos dos direitos, não podendo tal tese ser rogada para validar o inadimplemento do Estado para com os indivíduos privados de liberdade, tendo em conta especialmente sua posição de garantidor e a ligação de tais direitos com o mínimo existencial da população reclusa (GUIMARÃES, 2017). A insuficiência de

recursos e as restrições orçamentárias, elementos-base da teoria mencionada, não se mostram suficientes para escorar a não adoção de intervenções destinadas à melhoria do sistema prisional, sobretudo quando em face do contingenciamento de orçamentos antes apresentado.

Curiosamente, após a decisão do Supremo acima referida, a legislação correlata foi alterada, passando a prever um plano de repasse de verbas aos entes federados para investimentos carcerários e instituindo, expressamente, a vedação do contingenciamento (BRASIL, 2017). Nessa toada, verifica-se que, ao menos nesse tópico, o mandamento judicial surtiu efeito – ainda que em âmbito formal –, na medida em que o Poder Legislativo, a partir de seus instrumentos, positivou determinações alinhadas ao entendimento da Suprema Corte. A reforma do sistema jurídico vem inibindo, assim, cada vez mais a utilização das mazelas da estrutura como fundamento da inércia.

De outro lado, nada obstante as medidas já levadas à efeito a partir da determinação do STF, há que se voltar à ideia de necessidade de participação popular no projeto de intervenção, como alternativa para a superação do quadro de violações e de ineficiência do sistema, à exemplo da experiência internacional que assim procedeu. Tem-se, no caso do cárcere brasileiro, que tal medida se mostra ainda mais recorrente, principalmente porque a grande maioria das camadas sociais ignora o problema e porque o Estado, ao longo do tempo, já deu mostras de que não conseguirá vencer o cenário de forma exclusiva. Ainda assim, o próprio ordenamento jurídico já fornece bases para a inserção da sociedade, notadamente quando relaciona, no rol de órgãos da execução penal, junto ao artigo 61, inciso V, da LEP¹⁸, o Conselho da Comunidade.

Nessas linhas, tem-se que a participação social na implementação de políticas públicas pode assumir viés operativo, posto que carrega todos os elementos dirigidos ao exercício de controle social informal, cabendo, de tal forma, a expansão da capacidade de atuação dos órgãos já institucionalizados. Isso porque a intervenção no sentido de prevenir ou tratar algum problema social deve ser feita envolvendo a comunidade, sob pena de se transformar em uma intervenção inútil (TANGERINO, 2007).

Destarte, certo que não ostenta solidez o discurso de utilização de fatores do próprio sistema como metodologia de justificação à falta de efetividade dos direitos fundamentais dos presos. Máxime porque do próprio ordenamento jurídico se extraem bases para uma operacionalização integrativa entre órgãos e atores da estrutura de Estado e sociedade, dirigidas

¹⁸ BRASIL. Lei de Execução Penal. Art. 61. São órgãos da execução penal: I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II - o Juízo da Execução; III - o Ministério Público; IV - o Conselho Penitenciário; V - os Departamentos Penitenciários; VI - o Patronato; VII - o Conselho da Comunidade; VIII - a Defensoria Pública.

à superação do quadro de inércia e capazes de promover alterações significativas no panorama atual, desde que encaradas com seriedade e colaboração interseccional.

Vencido o tópico, cabe avaliar determinados casos de aplicação do ativismo judicial nos sistemas jurídicos americanos, mormente no plano relativo à estrutura prisional, de modo a assimilar falhas e êxitos, para o fim de relacioná-los com a técnica na ótica do direito brasileiro. Cinge-se a análise às experiências dos Estados Unidos da América, da Colômbia e da Argentina, recorrendo-se ao primeiro em razão de ter sido o precursor na encampação da técnica, e aos demais diante de suas similitudes e da proximidade com o sistema nacional.

4.3 Ativismo judicial e jurisprudência internacional: casos, experiências e resultados

O método intervencionista sob análise, antes mesmo de ser importado e passar a ser aplicado pelo sistema jurídico brasileiro, já vinha sendo observado em diversos ordenamentos no continente americano, especialmente ao tratar de questões atinentes ao campo prisional. Passa-se, adiante, à consideração de elementos pontuais de determinadas decisões judiciais.

Nos Estados Unidos, os tribunais assumiram função essencial em intervenções destinadas a melhoria do sistema de execução penal. O método da judicialização das questões logrou êxito principalmente no sentido de conferir publicidade ao tratamento desumano dispensado aos presos e às decisões arbitrárias havidas naquele âmbito. Em diversos casos, os Tribunais Federais proferiram ordens aos departamentos penitenciários para que selassem acordos com os presos, demandantes judiciais, no sentido de conferir a estes maiores garantias, chegando a estabelecer cronograma para o seu alcance efetivo (BIRKBECK, 2010).

Mais especificamente, ainda no campo da jurisprudência norte-americana, o caso *Talley v. Stephens* foi o módulo precursor da discussão jurisdicional a respeito dos direitos dos presos. Em meados da década de 1960, detentos da prisão do Distrito de Arkansas passaram a reivindicar, por meio de *habeas corpus*, a tutela de seus direitos constitucionais, em razão das situações degradantes às quais eram submetidos: falta de acesso à saúde, ao trabalho, à justiça, além do excesso de punição, caracterizador de tortura. A demanda judicial redundou, por parte do Estado, na demissão de servidores e na transferência dos reclusos de unidade, bem como na promessa de melhoria da regulamentação atinente à disciplina prisional. No mais, embora tenha a Corte assentado posicionamento de que não lhe seria cabível a administração penitenciária – ainda resistente à intervenção –, escancarou-se, por meio do instrumento, a realidade inóspita do cárcere e criou-se precedente para a discussão acerca das condições do cumprimento de

pena, encorajando a reiteração posterior da busca pela proteção jurisdicional (FEELEY; RUBIN, 1999).

Na mesma senda, relembrem Garavito e Franco (2010), inclusive com esteio na obra de Feeley e Rubin (1999), que o ativismo judicial que marcou a jurisprudência estadunidense entre os anos 1950 e 1980 – em seguida já mais desenvolvido – caracterizou-se pela expedição de ordens de reformas muito detalhadas a respeito das políticas e das instituições públicas. Nesse sentido, nas inúmeras intervenções judiciais que intentaram reestruturar o sistema carcerário norte-americano, os Tribunais não apenas declararam a existência de uma violação estrutural dos direitos dos detentos, como também buscaram enfrentá-la por meio de comandos diretos e minuciosos sobre assuntos específicos, como os pormenores das instalações carcerárias e o número de agentes que deveriam ser contratados.

De se ver, assim, que as experiências internacionais se cruzam, na medida em que a Corte Constitucional Colombiana, na década de 1990, também adotou o padrão detalhista em algumas de suas decisões (GARAVITO; FRANCO, 2010), especialmente naquelas dirigidas à primeira tentativa de reformulação do sistema prisional, quando reconheceu a existência do Estado de Coisas Inconstitucional.

Importa destacar, de outra ponta, que a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileiras, ao se reportarem à técnica ativista colombiana, país latino-americano, como objeto de importação, lançam olhares para a produção jurídica do Sul Global, de forma diversa ao reiterado costume em que se buscava inspiração, de forma mais recorrente, em institutos jurídicos oriundos da Europa e dos Estados Unidos (VIEIRA; BEZERRA, 2015).

A partir de tal perspectiva, tem-se que, na Colômbia, a Corte Constitucional empreendeu providências dirigidas a atenuar o quadro de violações existente no cárcere nacional a partir da decisão cunhada na *Sentencia* T-153/1998. À época da deliberação, o Tribunal ainda engatinhava na sedimentação da técnica ativista. Campos (2016, p. 133) desde logo ressalva que “não obstante a qualidade das ordens determinadas, na prática, a decisão não se revelou útil para remediar o problema”.

No que se refere àquele cenário, o sistema penitenciário colombiano apresentava sinais de crise semelhantes ao brasileiro: superlotação, graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, violência, extorsão, corrupção e carência de meios e oportunidades para o projeto ressocializador, falta de políticas públicas, redundando na violação estrutural de diversos direitos fundamentais, tudo a caracterizar um Estado de Coisas Inconstitucional (COLÔMBIA, 1998).

Uma série de ordens circunscritas foi proferida pela Corte, destinada à superação do contexto de violações e a conferir aos presos a garantia de seus direitos fundamentais. Determinou-se, a órgãos do Poder Executivo, a elaboração, a prazo fixado, de um plano de reconstrução e reforma carcerária, com tempo máximo para conclusão. O financiamento do plano deveria ser providenciado pelo Governo, inclusive com a respectiva inserção em leis orçamentárias. Determinou-se, ainda, ao Poder Executivo a suspensão da execução de contratos, bem como a adoção de medidas necessárias a solucionar a carência de pessoal especializado nos centros de detenção. Aos gestores municipais e distritais, ordenou-se a tomada de providências para criação e manutenção de prisões próprias (COLÔMBIA, 1998).

Merece relevo, assim, a particular amplitude do pronunciamento jurisdicional e a rigidez estática de seus termos. A Corte, na forma de comando, chama inúmeras esferas de Estado para resolução da questão e atribui a cada um as especificidades da operação, fixando inclusive prazo para conclusão. A atividade é abrangente e demanda a integração funcional de múltiplos agentes, de forma participativa.

No entanto, o Tribunal peca ao não estabelecer métodos eficazes de monitoramento da implementação da intervenção estrutural. A falta de jurisdição supervisória e, ao mesmo tempo, dialógica, deu azo ao descumprimento do plano, por parte dos órgãos públicos instados (CAMPOS, 2016). O ponto em comento se repete, tanto na experiência latina quanto na norte-americana, estando o insucesso das operações imediatamente correlacionado às ordens detalhadas e rígidas sem acompanhamento, circunstância esta que provocou reações negativas nos críticos do ativismo (GARAVITO; FRANCO, 2010), cunhando pecha de deficiência à prática.

Outro exemplo a ser retratado é o de caso havido na Argentina, onde a Suprema Corte se pronunciou em *habeas corpus* coletivo impetrado em benefício das pessoas reclusas em estabelecimentos policiais superlotados na Província de Buenos Aires, reconhecendo o desatendimento de comando legal e constitucional daquele ordenamento jurídico, que preconizava o recolhimento de presos em centros de detenção especializados. Discorrendo acerca da falta de condições adequadas para o regular cumprimento de pena – em caso recorrente de superlotação –, bem como a respeito das capacidades de atuação de todos os Poderes de Estado, a Corte também proferiu ordem abrangente (ARGENTINA, 2005).

O Supremo Tribunal fixou, naquele âmbito, prazo de sessenta dias para que cessassem os recolhimentos de pessoas em distritos policiais, determinando ao Poder Executivo que, dentro do mesmo período, informasse as medidas adotadas para superação do cenário. Instruiu a todos os Tribunais da Província para que, dentro de suas respectivas competências, buscassem

descontinuar o quadro de tratamento cruel ou degradante dos detentos. Determinou ao Poder Executivo a remessa, dentro de trinta dias, de relatório completo que desse conta das condições dos estabelecimentos prisionais. Exortou os Poderes políticos a adequarem a legislação correlata à execução penal. Encarregou, por fim, o Poder Executivo de promover uma mesa de diálogo com a sociedade civil, para debate do tema (ARGENTINA, 2005).

Sob tal perspectiva, vislumbra-se que a problemática afeta ao sistema prisional é matéria de debate no campo de vários sistemas de justiça do continente americano, cujos pronunciamentos vêm sendo sedimentados ao longo do tempo. As práticas estreitas tidas ainda nas primeiras experiências jurisdicionais abrem lugar a investidas mais imponentes, muito em razão da expansão da técnica, exigida pela carga normativa inerente aos direitos fundamentais em voga, própria do período do neoconstitucionalismo.

Imperioso destacar, rapidamente, recente expoente do sucesso da experiência ativista colombiana, materializado na *Sentencia T-025*. A partir de tal demanda, a Corte proferiu ordens integrativas dirigidas a superação do quadro de múltiplas violações de direitos fundamentais, provocado pelo deslocamento forçado de pessoas em razão da massificação da violência no âmbito intranacional (COLÔMBIA, 2004).

Em síntese, as providências determinadas foram das mais variadas classes, iniciando-se com o mandado, aos órgãos de governo, da elaboração de plano de ação dirigido à superação do panorama, englobando de forma detalhada as circunstâncias em que se encontrassem os cidadãos deslocados, bem como prevendo formas e percentuais de captação de recursos. Incumbiu-se, ainda, às estruturas sociais que fiscalizassem, *in loco*, a aplicação do plano, colhendo as reivindicações dos interessados. Deixou-se, contudo, margem à reorganização da atividade operacional, a partir de sugestões dos agentes encarregados da execução, a serem ofertadas no curso do procedimento (COLÔMBIA, 2004).

Observada a conotação distinta do pronunciamento judicial acima detalhado, tem-se a obtenção de resultados igualmente distintos daqueles logrados quando da implementação primitiva da técnica. Campos (2016, p. 246) afirma que “foi justamente a intervenção da Corte que fez com que os agentes públicos saíssem do estado de omissão e desencadeassem a formulação e implementação de políticas públicas voltadas a superar as violações de direitos”.

O desenvolvimento da ordem ativista no plano jurisprudencial internacional merece, por certo, maior observância, notadamente tendo em conta as especificidades insertas nos casos em que se logrou êxito. A partir de tal ângulo, ressaltam Vieira e Bezerra (2015, p. 01) que

Em um cenário de ativismo judicial, entre os países do chamado Sul Global, a Corte Constitucional Colombiana (CCC) apresenta-se contemporaneamente como um paradigma inovador para a reoxigenação do debate constitucional vigente – ainda apegado a teorias, conceitos e institutos forjados há 200 anos - para a compreensão e o aperfeiçoamento da modelagem institucional necessária à pretendida implementação de políticas públicas que ensejem a efetivação de direitos fundamentais.

É de se fazer ressalva, de todo modo, no que diz com a importação às cegas de institutos estrangeiros, dados os riscos imediatamente inerentes e a possibilidade de sequer terem vindo a funcionar fática ou juridicamente no ordenamento modelo. Necessário, portanto, um estudo prévio e apurado de adequação interna (CAMPOS, 2016).

Ainda assim, em comparação com os exemplos da jurisprudência internacional, exitosos ou fracassados, porém ambiciosos e de vasta amplitude, vislumbra-se que a experiência interna ainda ostenta ares tímidos no campo do ativismo judicial, muito embora as críticas que já lhe são iminentes. A franca decisão declaratória de um estado de coisas contrário à Constituição e as pequenas determinações decorrentes, ou a fixação da tese da possibilidade de ordenação de reformas estruturais, se mostram moderadas quando tidas diante da potencialidade dos instrumentos dirigidos ao desenvolvimento do quadro.

Há que se promover, pois, investimento responsável na técnica em testilha, a ser levado a efeito a partir de um ativismo dialógico e interdisciplinar, de modo a afastar a ineficiência do próprio Estado e garantir, de forma mais produtiva, a efetivação dos direitos da parcela de indivíduos que necessita de tutela.

A par de tal perspectiva, uma ideia ressignificada do conceito de separação de poderes poderá surgir no lugar da clássica concepção, cunhada por Montesquieu, que há longo período de tempo ocupa o mesmo espaço. A estática divisão de atribuições dentro da estrutura de Estado e a definição típica das delegações, ainda hoje subsistente de forma arraigada, ao se compatibilizar com a carga normativa que possuem os direitos fundamentais, concorrentemente, instrumentalizará campo pleno para a efetivação destes.

5 CONCLUSÃO

O exame pormenorizado das condições aviltantes que circundam o sistema prisional brasileiro resulta na constatação da imperatividade da adoção de providências comprometidas com a suavização daquele panorama. A preocupação da jurisprudência, nacional e internacional, coloca em evidência o quadro incisivo e recorrente de violações de direitos fundamentais havido naquela órbita, tornando nítida uma problemática endêmica.

Saltam aos olhos os largos índices de superlotação, a rotineira falta de assistência ao preso e de recursos materiais, a ocorrência diuturna de tratamento degradante e a carência de políticas assistenciais ao egresso, tudo a macular o princípio da dignidade da pessoa humana e esvaziar de conteúdo um dos fundamentos basilares do Estado, sucedendo na acomodação de um estado de coisas contrário à proposta designada no campo constitucional.

Nesse sentido, tem-se que a instalação de um cenário multifatorial de violações de direitos fundamentais, tal qual se verifica no âmbito do sistema carcerário, reclama a persecução de encaminhamentos igualmente complexos. A conjuntura sob égide é resultado de diversos elementos causais e a naturalização das violações não pode ser desvinculada da parcela de responsabilidade que recai sobre o próprio Estado. À toda evidência, o hiato operacional havido na consecução de políticas públicas dirigidas ao setor e a inércia omissiva relativa à tomada de providências sedimentam o bloqueio político-institucional já existente e fomentam a manutenção do ciclo violador.

A modulação da figura de um estado de coisas inconstitucional, instituto originário do Judiciário colombiano e já declarado, em importação, pelo Supremo Tribunal Federal em face do sistema prisional brasileiro, demanda a verificação de amplos pontos de valoração. Centralizam-se, em síntese, na ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais em razão de prolongada omissão dos agentes do Estado, redundando na instituição de um contexto que enseje a adoção de medidas estruturais, de atuação coordenada entre as instituições. É o que se tem.

De se considerar, assim, a viabilidade do emprego do ativismo judicial, qualificado, em essência, pela proatividade dos atores do sistema de justiça, que, com fundamento no objetivo de concretização da programática constitucional, expandem intervenção em espectros que naturalmente lhe seriam estranhos.

Sob tal perspectiva, toma-se como legítima a atividade interventiva do Poder Judiciário no âmbito do sistema prisional. Compatível, primeiro, em razão da carga normativa inerente aos direitos fundamentais, que faz com que tais se tornem aplicáveis, e, portanto, exigíveis, de

forma imediata pelos titulares perante o Estado. Depois, tem-se que o próprio ordenamento jurídico fornece bases para a busca da tutela jurisdicional abrangente em casos de violação, dada a inserção de comandos constitucionais inclusivos, especialmente aqueles que se referem à inafastabilidade da jurisdição e ao amplo acesso à justiça, como instrumentos de concretização da aplicabilidade imediata do catálogo de direitos.

Em respeito à crítica, é de se reconhecer a verificação de espécie de conflito entre a regra da separação de poderes e a atividade jurisdicional expansiva, dirigida à implementação material dos direitos fundamentais. Certo é, ainda, que a intervenção ativista, se dirigida sem a devida cautela, de forma alheia a qualquer tipo de controle, pode vir a comprometer a higidez de componentes elementares da estrutura do Estado, nela inculcidos justamente a fim de evitar o arbítrio. Ainda assim, entende-se que a Constituição Federal, ao incluir no mesmo patamar de importância a regra separatista e a cartilha de direitos fundamentais, não o fez para que se excluíssem em caso de enfrentamento, mas para que se complementassem, servindo a primeira de instrumento de defesa e mecanismo para efetivação da segunda.

Diante de tal prisma, mostra-se necessária a superação da perspectiva estática do arranjo da separação de poderes, que, muito embora já tenha sido complementado pelas atribuições atípicas de cada uma das esferas, ainda resguarda a insistente permanência de sua gênese. Vê-se como imprescindível que ceda lugar a um conceito contemporâneo, cunhado pela ideia de que cada Poder, além de fiscal, é parte de um todo, dirigindo as atividades de forma integrativa à consecução do programa constitucional, máxime em razão de o dogma compor a estrutura.

Nessas linhas, adequado é o fomento da efetivação de um modelo de ativismo judicial dialógico, buscado nas experiências internacionais, onde o Poder Judiciário intervencionista não atua como emissor monológico de ordens fechadas, tampouco assume de forma exclusiva a competência deliberativa. Atua, em verdade, como agente operativo de integração, suscitando a participação e ressaltando as capacidades de cooperação de cada um dos setores do Estado e do meio social, de modo a garantir, de sobremaneira, a efetivação de direitos fundamentais.

Atento às diligências internas, são dignas de reconhecimento as intervenções já encampadas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente aquelas empreendidas no bojo do RE n.º 592.581 e da ADPF n.º 347. Entretanto, o assentamento de tese de repercussão geral definindo a validade de ordens judiciais de promoção de reformas em estabelecimentos prisionais, ou a declaração de um estado de coisas inconstitucional cumulado com a concessão de liminar dirigida à realização de audiências de custódia e descontingenciamento de verbas públicas, ainda que denotem o firme posicionamento ativista do Tribunal diante da

problemática do cárcere, mostram-se ainda como tímidas medidas quando comparadas com aquelas inauguradas nos sistemas jurídicos estrangeiros.

De se ver, assim, que o ativismo judicial se qualifica como instrumento de inegável potencialidade, mais ainda quando empregado de forma dialógica e assentado em critérios de responsabilidade – ótica já evidenciada pelo êxito das experiências dos Tribunais internacionais –, na medida em que se mostra capaz de promover reestruturações em cenários de crise.

Merecem, pois, superação as censuras de ilegitimidade dirigidas aos agentes do sistema de justiça no que concerne à coordenação de políticas e adoção de providências, obviamente que não eleitos para tal. Isso porque o modelo ideal de ativismo que se pretende alcançar objetiva justamente promover conexão não só entre os Poderes, mas com o meio social, alcançando-lhe especial assento na promoção das diligências.

Vê-se, nesse passo, que em consonância com a delineada teleologia, o ordenamento jurídico fornece mecanismos de abertura à participação popular na deliberação judicial, no ponto em que institui, no campo processual, a figura do *amicus curiae*, e mais especificamente no âmbito do sistema de execução penal, elenca como órgão o Conselho da Comunidade. Assim, embora reconhecidas as limitações inerentes, tais instrumentos podem ser tidos como estímulo à potencial representatividade do povo nos procedimentos interventivos.

Em face de todo o exposto, considerada a argumentação integral trazida no presente escrito, tem-se que embora custosa sob o ponto de vista formal, hoje relativamente estático, a articulação da intervenção ativista merece fomento, em especial quando materializada em situações de real excepcionalidade, como no caso do sistema prisional. Não se pretende a desconsideração da estrutura do Estado, com a redistribuição de funções exclusivas ao Poder Judiciário ou com o agigantamento de seu espectro de atuação, mas tão somente a sua modernização, direcionada, de forma legítima, à consecução de um objetivo finalístico comum.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=18>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474/r142-06.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIRKBECK, Christopher Howard. *Prisiones e internados: una comparación de los establecimientos penales en América del Norte y América Latina*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v23n58/v23n58a09.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

BUZATTO, Gustavo. *O ativismo judicial e suas dimensões na atuação do Supremo Tribunal Federal: uma análise sobre o prisma da separação dos poderes e da judicialização*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2017. Disponível em: <<http://tede.upf.br/jspui/bitstream/tede/1232/2/2017GustavoBuzzato.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário Brasileiro. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DA6A4E5999C5A9E166381D18BF4DBFD6.proposicoesWebExterno2?codteor=1362922&filename=REL+1/2015+CPICARCE+%3D%3E+RCP+6/2015>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares*: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Relatório. *A expansão das Audiências de Custódia no ano de 2017*. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/2178b9a11524106a0d04ea673839242a.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018. Fevereiro de 2018

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Não paginado. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2016*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa*. 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

_____. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. Lei n.º 13.500, de 26 de outubro 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13500.htm#art1>. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Lei Complementar n.º 79, de 07 de janeiro de 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Autor: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DJ: 14/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 592.581. Autor: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DJ: 01/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>, Acesso em: 20 mai. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4219>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; CAMPOS DE RÉ, Mônica. *As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Resolução de 14 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Resolução de 14 de março de 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia* n.º SU-559, de 06/11/1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia* T-153, de 28/04/1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia* de Tutela n.º 025 – 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

_____. *O poder dos juízes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FEELEY, Malcolm L.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's Prisons*. New York: Cambridge University Press, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 143, jul./set. 1999.

GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Disponível em: <<https://alfresco.uclouvain.be/alfresco/service/guest/streamDownload/workspace/SpacesStore/eaa84a64-11a6-45b0-86b5-42d7fd4b75ef/CIJUS%20Uniandes%20-%20mas%20alla%20del%20desplazamiento%202010.pdf?guest=true>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

GARAVITO, César Rodríguez; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*.

Disponível em: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

GUIMARAES, Mariana Rezende. *O Estado de Coisas Inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da Corte Constitucional Colombiana*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana/at_download/file>. Acesso em: 25 mar. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig (et al). *A jurisdição constitucional e a efetivação do direito fundamental à saúde como forma de controle jurisdicional de políticas públicas: contingências do Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: GORCZEVSK, Clovis (org.). *Constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas*. Curitiba: Multideia, 2012.

MAIA, Clarissa Nunes; et al (org.). *História das Prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/29925586/Historia_das_Pris%C3%B5es_no_Brasil_-_Clarissa_Nunes_Maia.PDF?auto=download>. Acesso em: 15 nov. 2018.

OLIVEIRA, Moisés Mileib de. *O ativismo judicial e a tutela da cidadania: a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraMM_1.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018.

PINTO, Feipe Chiarello de Souza; DONADELLI, Antônio Paulo de Mattos. *O Papel do Judiciário, o Estado de Direito e o chamado “Ativismo Judicial” na doutrina brasileira*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5542/2947>>. Acesso em: 24 set. 2018.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>. Acesso em: 27 out. 2018.

SARMENTO, Daniel. *O impacto da importação pelo STF do Estado de Coisas Inconstitucional*. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/o-impacto-da-importacao-pelo-stf-do-estado-de-coisas-inconstitucional-18092015>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Alternativas ao Sistema Punitivo: Possibilidades de Prevenção da Criminalidade Urbana Violenta por Meio do Controle Social Informal*. Revista de Estudos Criminais, v. 27, p. 95-115, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. *Estado de coisas fora do lugar (?)* Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39092394/Estado_de_coisas_fora_do_lugar_versao_final.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1554867786&Signature=oP%2BKdv%2BlgRNqEpnHrj%2FAJhLTIf8%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DEstado_de_coisas_fora_do_lugar.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2019.