



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS NAS DECISÕES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cezar Eduardo March Farias Segundo

Rio de Janeiro
2018

CEZAR EDUARDO MARCH FARIAS SEGUNDO

O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS NAS DECISÕES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Artigo Científico apresentado como exigência para a conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Orientadores:

Néli L. C. Fetzner

Mônica Cavalieri Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cezar Eduardo March Farias Segundo
Graduado pela Universidade Cândido
Mendes. Advogado.

Resumo – O presente trabalho faz uma análise do Estado de Coisa Inconstitucional e sua relação com o ativismo judicial. Para relacionar esses dois institutos foi analisado o cenário do ativismo judicial nas teses constitucionais do Supremo Tribunal Federal ao contexto carcerário, sobretudo a partir da declaração liminar do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema carcerário e a aplicação da mesma teoria na Colômbia e sua evolução, demonstrando que o Brasil parece enveredar pelos mesmo caminhos, ao invés de aprender com a experiência Colombiana.

Palavras – chave – Direito Constitucional. Estado de Coisa Inconstitucional. Supremo Tribunal Federal decisões contra o Estado de Coisa Inconstitucional. Ativismo Judicial. Pós-Positivismo.

Sumário – Introdução. 1. Dos contornos do Pós-Positivismo no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A possibilidade da Corte Suprema declarar o Estado de Coisa Inconstitucional. 3. Estado de Coisas Inconstitucional como fundamento da validação do Ativismo Judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, elegendo um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a tese.

O sistema carcerário brasileiro passe por uma crise de desumanidade aparente e verificada ao longo de muitos anos. Para diversos acadêmicos, sociólogos, doutrinadores do direito penal, da criminologia e de outros ramos essa crise é uma das principais causas de reincidência e do desenvolvimento da criminalidade no cenário brasileiro.

Claro e evidente que, conjuntamente a esse sistema encontramos argumentos como a desigualdade social, alta taxa de desemprego, falta de educação e outros fatores que permeiam o estudo da criminalidade.

No entanto, fato é que, como apresentado, o sistema carcerário hoje não só influi para o aumento da criminalidade, como também infringe diversos direitos fundamentais dos apenados, afetando diretamente o seu mínimo existencial.

Dessa forma, o presente estudo foi identificar os fundamentos da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, difundido a partir da experiência colombiana. Este, foi anunciado, pela primeira vez, no Brasil, na ADPF nº 347, na qual ainda em decisão liminar ficou definido existir o Estado de coisas Inconstitucional sobre o sistema carcerário brasileiro.

O próximo passo do estudo foi tentar delinear quais as mudanças foram impostas pelo judiciário após essa decisão. A mera declaração teria algum efeito? O judiciário atuou ativamente? O judiciário tem dialogado com os outros poderes para buscar a solução?

Notou-se que, com as futuras decisões fundamentadas no Estado de Coisas Inconstitucional o judiciário tem atuado de forma ativa, utilizando do ativismo judicial de maneira imperiosa pelo destaque da supremacia das decisões judiciais.

O primeiro capítulo dedica-se a estudo do ativismo judicial, do cenário para a sua utilização e como essa ferramenta funciona no judiciário brasileiro. Demonstrando a problemática da sua utilização e a sua ofensa ou não a separação dos poderes.

O segundo capítulo busca demonstrar de que maneira é possível declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, quais são os seus fundamentos, bem como uma análise histórica da omissão estrutural e a partir disso anunciar a problemática dos seus efeitos.

O terceiro capítulo denota as decisões judiciais baseadas no Estado de Coisas Inconstitucional e apresenta uma análise crítica da forma como o ativismo judicial foi utilizado nos pretensos.

A metodologia aplicada para pesquisa é o método hipotético-dedutivo, ou seja, dentro do campo do objeto, foram escolhidas um conjunto de proposições específicas de forma qualitativa para, argumentativamente, demonstrar a inefetividade da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional sobre o sistema carcerário.

1. DOS CONTORNOS DO PÓS-POSITIVISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ativismo judicial é uma realidade no sistema jurídico brasileiro, seja no controle de políticas públicas, seja na efetivação de direitos sociais no Brasil.

Ativismo judicial é um termo introduzido por Arthur Schlesinger Jr.¹ em uma publicação de janeiro de 1947 na revista *Fortune* nos Estados Unidos da América².

No caso discutido pela Suprema Corte Americana, comentado por Arthur Schlesinger Jr., havia uma polarização sobre a afirmação de promoção de política pública pelo judiciário a partir do *social welfare* (Estado de Bem-Estar Social), e o outro polo da discussão preocupado com o autocontrole do judiciário e de permanecer em uma posição isenta, sem imiscuir-se na atribuição das políticas públicas para a promoção do bem-estar social, compreendendo que não haveria legitimidade do judiciário para fazê-lo a partir da concepção de democracia representativa.

Portanto, para Arthur Schlesinger Jr.³, o ativismo judicial estaria ligado a implementação do bem-estar social pelo judiciário, expandindo o seu espaço decisório, imiscuindo-se e controlando outros poderes.

No Brasil, o controle de políticas públicas, devido à segunda geração de direitos fundamentais, tem ocorrido de forma clara, seja em decisões do Supremo Tribunal Federal, seja em decisões dos juízes de primeira instância.

Esse controle tem ocorrido, desde decisões que permeiam vagas em creches⁴ e obrigações de internação ou entrega de medicamentos, até obrigar entidades públicas e privadas a permitir que

¹KEENAN, D. Kmiec. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 22 out. 2017

² Ibidem

³ Ibidem

⁴ O Poder Judiciário pode obrigar o Município a fornecer vaga em creche a criança de até 5 anos de idade. A educação infantil, em creche e pré-escola, representa prerrogativa constitucional indisponível garantida às crianças até 5 anos de idade, sendo um dever do Estado (art. 208, IV, da CF/88). Os Municípios, que têm o dever de atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da CF/88), não podem se recusar a cumprir este mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi conferido pela Constituição Federal. STF. Decisão monocrática. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016 (Info 827). CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Poder Judiciário pode obrigar Município a fornecer vaga em creche*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <www.Buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e369853df766fa44e1ed0ff613f563bd> Acesso em: 05 jun. 2018

deficientes compartilhem do mesmo ensino que outros estudantes sem nenhuma cobrança adicional⁵.

Essa forma de solução de conflitos comporta hoje diversas concepções, em sua razão de existir são semelhantes, no entanto a sua aparência no cenário jurídico é de atuação multiforme.

Cumprindo inicialmente traçar o fundamento de onde vem a semelhança das formas de ativismo judicial.

Fato é que a doutrina apresenta 3 (três) motivadores para o desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil, um primeiro de ordem histórica, o segundo de ordem filosófica e o terceiro de ordem teórica.

Sobre o motivador de ordem teórica o doutrinador J.J. Gomes Canotilho⁶ atribui a possibilidade do ativismo judicial ao constitucionalismo moderno, sendo constitucionalismo: “(...) a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

No entanto, a partir da modernidade do constitucionalismo não mais se fala em somente uma estruturação da organização política, mas também na Constituição como uma limitante de poderes com fins garantísticos, surgindo a maior possibilidade de controle do judiciário sobre o ordenamento jurídico e fático.

Em máxima atribuída a Paulo Bonavides⁷: “Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!”. A partir desse axioma compreende-se que no passado o direito era uma tutela baseada nos Códigos Privados, na concepção do Direito Civil como mãe das relações, principalmente por tutelar a maioria das liberdades individuais, ressaltando a propriedade e os bens.

No entanto, hoje o Direito, é irradiado pela constituição em todas as suas vertentes. Movimento conhecido como a constitucionalização do direito, de forma que todos os ramos do direito carecem de ser reinterpretados perante os princípios constitucionais, seja nas relações verticais (Estado para cidadão), seja nas relações horizontais (cidadão para cidadão).

⁵ São constitucionais o art. 28, § 1º e o art. 30, da Lei nº 13.146/2015, que determinam que as escolas privadas ofereçam atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprimento dessa obrigação. STF. Plenário. ADI nº 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016 (Info 829).Ibidem.

⁶ CANOTILHO, Gomes J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. São Paulo; Saraiva, 2003, p. 45.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Traça Histórico do Direito Constitucional*. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=4>> Acesso em: 22 out. 2017

Diante dessa constitucionalização do direito e a atribuição dos princípios como normas jurídicas, sendo estes mais abstratos, possibilitou-se o maior controle judicial, gerando ambiente propício para o ativismo, já que a norma-princípio não estabelece um fazer claro, atribuindo-se ao juiz interpretar da norma a posição hercúlea de tornar concreta a norma abstrata principiológica.

O motivador de ordem filosófica seria o pós-positivismo, segundo Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo vem superar o positivismo de ordem claras, de segurança jurídica absoluta, de comandos normativos imperiosos e legalistas, para possibilitar uma reaproximação do direito com a ética e a filosofia.

Essa reaproximação possibilita a busca pelo justo e o âmbito da valoração, coadunando-se com a constitucionalização do direito, no qual a valoração será feita a partir dos princípios constitucionais.

Diante disso, afirma o Ministro Luís Roberto Barroso⁸:

O marco filosófico deste novo Direito Constitucional é o pós-positivismo, é a superação da filosofia jurídica positivista [...] nos últimos 20 anos vive-se no Brasil um processo de superação dessa visão positivista, não para desprezar a relevância da lei escrita, não para desprezar a importância da segurança jurídica, mas para constatar que nós vivemos uma época de reaproximação entre o Direito e a Ética, entre o Direito e a Filosofia. [...] neste universo que se vive no Brasil um momento de reconhecimento de normatividade a princípios como o da dignidade da pessoa humana, como justiça, como o devido processo legal, que são na verdade a porta de entrada dos valores no sistema jurídico, de modo que o pós-positivismo nos liberta da dependência absoluta do texto legislado para reconhecer que há normatividade nos valores e nos princípios ainda quando não escritos. O pós-positivismo identifica também uma era em que a dignidade da pessoa humana passa a ser um princípio fundamental do qual se irradiam os diferentes direitos fundamentais.

Como marco histórico, há o fim da Segunda Guerra Mundial, posto que muito se discutiu sobre as atrocidades que haveriam sido realizadas sob o manto da legalidade, aliás esse era um dos argumentos dos condenados nazistas no Tribunal de Nuremberg.

Apesar dos seus atos estarem sobre o manto da legalidade não existia espaço para afirmar que estariam sobre o manto do justo, do sensato, do digno para a humanidade e do respeito ao ser humano. Os atos legais da Alemanha nazista feriram a ética, a dignidade e o respeito ao ser humano.

No Brasil esse marco histórico seria a Constituição Cidadã, conforme afirma o Ministro Luís Roberto Barroso⁹:

⁸Ibidem

⁹Ibidem

O marco histórico deste novo Direito Constitucional tem início com a redemocratização da Europa, logo depois da 2ª Guerra Mundial na Alemanha, depois na Itália. Tem como marcos ainda a redemocratização da Espanha e de Portugal ao longo da década de 70. O marco histórico deste novo Direito Constitucional no Brasil é a Constituição de 1988, que completou 20 anos, e que ajudou a se fazer uma travessia extremamente bem sucedida entre nós, de um estado autoritário para um estado democrático de direito.

Compreendendo então o cenário jurídico-teórico, histórico e filosófico que propicia uma atuação ativista do judiciário torna-se mais fácil explicitar as formas de ativismo judicial para em capítulo posterior apresentar o Estado de Coisa Inconstitucional e sua forma de implementação pelos poderes através de uma conduta determinante do judiciário.

2. A POSSIBILIDADE DA CORTE SUPREMA DECLARAR O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Para tratar devidamente da possibilidade da Corte Suprema declarar o Estado de Coisa Inconstitucional (ECI), necessário se faz compreender antecipadamente o que seria a ECI, com todos os seus pressupostos.

O ECI é uma teoria importada da Corte Colombiana¹⁰, tanto na forma, quanto em sua nomenclatura.

Conforme será apresentado no decorrer do trabalho, um importante traço da ECI é a caracterização de uma omissão estrutural. No entanto, se trata de uma omissão estrutural específica.

Vale ressaltar que, a primeira percepção de uma omissão estrutural foi relacionada nos Estados Unidos da América, no caso *Brown contra o Conselho de Educação de Topeka*¹¹, ocorrido em 1954, possibilitando que negros pudessem ser matriculados em escolas que só aceitavam brancos.

¹⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia n° T – 025/04*. Doutor Manuel José Cepeda Espinosa <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2018

¹¹ Caso iniciado em 1954, decidiu que Linda Brown fosse matriculada em uma escola de brancos, e estipulando metas para que houvesse mudança de paradigma no tratamento com os negros. Essa medida deu início ao fim da era conhecida como “separados, mas iguais”, compreendendo que essa ideologia feria o artigo XV da Constituição Americana. EUA, Supreme Court of United States of America. *Case Brown v. Board of Education*. Disponível em: <http://www.infoescola.com/sociedade/brown-contra-o-conselho-de-educacao>. Acesso em: 7 mai. 2017

Em regra, a ECI trataria os casos de omissão estrutural, que segundo o posicionamento do Carlos de Azevedo Campos¹² se caracterizaria pelos seguintes pressupostos:

[...] no plano dos fatos, viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais; no plano dos fatores, a situação inconstitucional decorrer de ações e omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmo agravar-se em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis; no plano dos remédios, ante as causas estruturais, a superação do quadro exigir medidas não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade desses (remédios ou sentenças estruturais).

Diante dessa proposição, evidencia-se que, a ECI não pode ser declarada em qualquer caso de omissão, tendo em vista a existência de pressupostos que irão possibilitar a sua aplicação e o primeiro deles seria a violação sistemática de direitos fundamentais, decorrentes de ações e omissões estatais também sistêmicas.

A violação sistêmica se caracteriza quando a superação do quadro existente carece de medidas não só de um órgão, mas de todo o aparato estatal.

De maneira que a sistematização seria a característica fundamental para a diferenciação entre a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional e as outras formas de omissão, que seriam: omissão legislativa e omissão administrativa.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere, ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão**, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.¹³

O Supremo Tribunal Federal até o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF nº 347)¹⁴, somente admitia a tutela jurisdicional sobre assuntos que

¹²CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos Temer o Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional#sdfootnote3sym>>. Acesso em: 7 mai. 2017

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1439*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1439%2E NUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1439%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8af5ga>>. Acesso em: 8 mai. 2017

¹⁴Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 1 mai. 2017

questionavam omissões legislativas sobre comandos constitucionais normativos de aplicabilidade limitada¹⁵.

Dessa forma, a omissão legislativa difere da omissão que enseja a ECI, posto que, a omissão que enseja a ECI não é aquela que simplesmente indica um ato político ineficiente de um comando constitucional, mas sim que transforma um fato, ou o estado de uma coisa em inconstitucional.

Não por falta de uma regulamentação de um comando constitucional, mas sim por omissão estatal que passa a ferir os direitos e garantias fundamentais que estão expostas na CRFB/88, criando uma inconstitucionalidade não em referência a uma norma, mas sim ao parâmetro sistêmico constitucional.

Por esse motivo, os pressupostos são diversos quando se fala em inconstitucionalidade por omissão legislativa e a omissão sistêmica estatal que enseja a ECI.

Enquanto esta tem as omissões já referidas anteriormente, a omissão legislativa ensejadora de ADO é uma omissão que tem como único pressuposto a falta de comando normativo infraconstitucional que tornaria uma norma constitucional efetiva.

Por outro olhar, refere-se a omissão estatal que enseja responsabilidade civil do estado, mas não encontra pontos em comum com a ensejadora de ECI.

Isso, porque como elencado anteriormente, a ECI depende de uma omissão sistêmica, e a responsabilidade civil do estado será casuística. Conforme o artigo 37, par. 6º CRFB/88¹⁶, o estado responderá pelos danos que causarem a terceiros, já na ECI podemos não ter um dano específico, concreto, delimitado.

Haveria 3 (três) pressupostos principais para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. O primeiro deles; no plano dos fatos é a necessidade de viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais¹⁷. No caso paradigmático nacional ADPF nº 347, sobre o sistema carcerário.

Na ADPF nº 347 fica clara a presença desse pressuposto apresentado pelo apresentado na ação e pelo confirmado na sentença, pelo que dispõe:

(...) violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. Assevera que a superlotação e as

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p.25.

¹⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 mai. 2017.

¹⁷ CONJUR, op. cit. nota 12

condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.¹⁸

Conforme destaca a jurisprudência, o estado de coisa do sistema carcerário está em um contrassenso ao disposto na Constituição Federal, diante da sua superlotação e as condições degradantes, ofendendo a dignidade humana, utilizando-se de tortura e tratamento desumano, dificultando o acesso à Justiça e os diversos direitos sociais, desde saúde até o trabalho.

O segundo pressuposto seria, no plano dos fatores, a situação inconstitucional decorrer de ações e omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmo agravar-se em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis.¹⁹

No campo da ADPF paradigmática temos a enumeração de problemas no plano dos fatores da situação institucional, demonstrando tratar-se de uma omissão sistêmica, conforme aduz:

Sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. (...) A União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de encontrarem-se disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro. O Poder Judiciário, conforme aduz, não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia. (...) O Poder Legislativo estaria, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. Faz referência à produção de “legislação simbólica”, expressão de populismo penal.²⁰

As omissões dos 3 poderes que poderiam diminuir o caos em que se encontra o sistema carcerário, seja o Poder Executivo, por reter as verbas públicas no FUNPEN, seja o Poder Judiciário, por não obedecer o comando supralegal do Pacto de San Jose da Costa Rica e efetivar a audiência de custódia, assim como pela utilização irrestrita da prisão preventiva, ou ainda o Poder Legislativo que estabelece como política pública critérios que não levam em consideração o sistema carcerário.

¹⁸BRASIL.op. cit. nota 14

¹⁹CAMPOS, op. cit. nota 12

²⁰BRASIL.op. cit. 14

Dessa forma, caso não exista uma mudança estrutural que leva em consideração os três poderes e toda a sua força conjunta no desempenho de suas funções típicas manter-se-á o Estado de Coisa Inconstitucional sobre o sistema carcerário.

O terceiro e último pressuposto coaduna-se como segundo e seria como uma consequência que estaria no plano dos remédios para afastar o Estado de Coisa Inconstitucional: seria a omissão de medidas não só de um órgão, mas de uma

Diante desse quadro, a análise volta-se para a forma como o judiciário tem-se manifestado com a declaração liminar do Estado de Coisa Inconstitucional.

3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO DA VALIDAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

No quadro apresentado, o Brasil encontra-se em um momento histórico, filosófico e teórico apto a tornar o ativismo judicial uma prática e temos a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário.

Para doutrinadores como Lênio Streck²¹, somente a declaração do Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucional já seria um ato de ativismo judicial, vez que o judiciário estaria se imiscuindo de atividade do Poder Executivo, ou ainda do Legislativo.

No entanto, o referido autor, aduz o tema como uma forma pejorativa de solução do problema, deixando claro sua insatisfação com a declaração liminar da ADPF nº 347. Entendendo ser o ativismo, pós-positivista sempre um ato que irá infringir a separação dos poderes e sobre o qual o Judiciário não teria a legitimidade, capacidade ou competência para julgar.

Porém, Carlos Alexandre de Azevedo Campos²² afirma que o Estado de Coisa Inconstitucional seria somente uma senha de acesso, uma abertura, um *password* que possibilite a atuação do Poder Judiciário em forma de controle sobre as ações políticas, mas não como supremacia judicial, e sim em um contexto dialógico com os outros poderes.

O grande questionamento é sobre o quando estaria o aludido Estado de Coisa Inconstitucional possibilitando que o Poder Judiciário atue de forma isolada e ativista.

²¹STRECK, Lênio. *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: 9 mai. 2017.

²²CAMPOS, op. cit. 12

Hoje, verdade é que o STF ainda não julgou definitivamente a ADPF nº 347. No entanto, mesmo com a decisão liminar apontou direções para a atuação dos poderes como descrito anteriormente, com declarações sobre a liberação de verbas do FUNPEN, a regulação da audiência de custódia e ainda a diminuição das prisões preventivas, devendo o juiz primeiramente optar pelas medidas cautelares, ou ainda a prisão domiciliar.

Contudo, a Suprema Corte parece estar tomando iniciativas ativistas que não buscam o diálogo com os outros poderes, cabe-nos apresentar casos em que o STF tem atuado motivando suas decisões no Estado de Coisas Inconstitucional, porém, não tem utilizado da resolução que foi efetiva na Colômbia.

Segundo Carlos Alexandre Azevedo Campos²³, a Colômbia já passou por alguns casos de declaração de Estado de Coisas Inconstitucional e o mais bem-sucedido haveria sido o caso do deslocamento forçado de pessoas.

Nesse caso, a Corte Colombiana tomou como pressuposto uma atuação dialogada com os outros poderes, sendo uma via de coordenação dos projetos e de contraponto entre população e estado, promovendo audiências públicas e prestações de contas.

Na sentença nº T-025/05²⁴, e durante a sua execução, a Corte Colombiana agiu de forma diferente do que havia feito nos casos anteriores: ao invés de buscar remediar a inconstitucionalidade de coisas através da supremacia da ordem judicial, o que não rendeu bons frutos, buscou o tratamento pelo diálogo das sentenças estruturantes.

Todavia, no Brasil, parece que simplesmente importou-se o instituto da Colômbia, mas não houve a importação da experiência do tratamento com a execução. O que encontramos após a declaração liminar do Estado de Coisas Inconstitucional são decisões pontuais do STF que dão azo ao ativismo judicial e normalmente por tentativas de criações legislativas, seja através de súmulas, instituição da audiência de custódia, ou ainda da tentativa de criação de uma hipótese de remissão de pena.

²³CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio Estrutural*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em 21 mai. 2017.

²⁴ COLÔMBIA, op. cit. nota 10

A audiência de custódia foi criada por uma Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁵, órgão administrativo ligado ao poder judiciário, para o seu controle, o que causa grande estranheza.

A afirmativa do CNJ é que na verdade o Pacto de San José da Costa Rica já haveria tornado a audiência de custódia norma a ser seguida no Brasil, tendo em vista que se trata de tratado internacional que aborda direitos humanos e é considerado norma supralegal, dispondo no artigo 7.5²⁶ sobre a condução da pessoa presa ou detida a autoridade judiciária ou outra autoridade.

Entretanto, o Pacto não apresenta prazos, não determina a competência; melhor dizendo: não impõe o procedimento que deve ser seguido, ficando isso a cargo da Resolução nº 213/15 do CNJ.

Dessa forma, o CNJ, por meio de ato do seu presidente, que é o mesmo presidente do STF, infringe a competência constitucional legislativa da União para tratar sobre normas de processo penal.

O que aponta como um ato de ativismo judicial realizado pelo órgão administrativo do judiciário, tendo em vista que a criação da audiência de custódia não poderia se dar por uma sentença ou mesmo por uma súmula, tendo em vista que ao utilizar desses meios impossível seria determinar um procedimento.

Outra demonstração de ativismo judicial é a edição da Súmula Vinculante 56²⁷, que dispõe sobre os casos de falta de vagas em estabelecimentos prisionais adequados a fase de execução penal, como o regime semiaberto, não podendo ser imposto ao apenado cumprir a sua pena em estabelecimento prisional para regime mais gravoso.

Dessa forma, caso não exista vaga em estabelecimento penal do regime semiaberto deverá o apenado ir para o regime aberto, não podendo ficar em estabelecimento penal inadequado ao seu regime.

²⁵BRASIL. *Resolução nº 213/15 CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

²⁶Idem. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 13 mai. 2017.

²⁷Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. Redator Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=56.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 06 jun 2018

Sendo que, no julgamento do RE nº 641.320/RS²⁸, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que foi a base para a edição da Súmula Vinculante supramencionada, temos como um dos fundamentos o estado de coisas inconstitucional, indicando que com a superlotação, a omissão estrutural e com o estado degradante dos presídios melhor seria que o apenado em regime semiaberto passasse para o aberto, do que voltasse ao fechado em caso de falta de vaga em estabelecimento prisional adequado.

Dessa forma, o que se depreende, nesse caso, é que mais uma vez o Judiciário, agora por meio da edição de um enunciado de súmula vinculante, por supremacia do poder judicial, cria uma norma no ordenamento para o tratamento dos apenados, modificando políticas legislativas do sistema carcerário. Demonstra-se, mais uma vez, o ativismo judicial e não aquele dialógico, mas sim o por imposição do poder judiciário.

No julgamento do RE nº 580.252/MS²⁹, que impôs o pagamento de R\$2.000,00 (dois mil reais) de indenização por dano moral ao preso que se encontrava em situação degradante no cárcere foi apresentado pelo Min. Luís Roberto Barroso uma outra forma de resolução para o litígio.

O douto Ministro apresenta como alternativa a possibilidade da remissão de pena por dia degradante vivido pelo apenado, sendo contrário a indenização por dano moral ao preso.

Nesse julgado também temos as mesmas condicionantes que levam ao Estado de Coisas Inconstitucional, afirmando o Min. Barroso que a mera indenização pode tornar-se em uma constante e passaria a perpetuar o estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, posto que ao Estado caberia tão-somente o pagamento de indenizações, que, nesse caso, se assemelha até mesmo de pequeno valor diante da infração de direitos sofrida pelo apenado em estado degradante, já que ao estado cabe o dever de guarda daquele que teve a liberdade cerceada.

No entanto, a solução apresentada pelo Min. Barroso não parece a melhor, tendo em vista se tratar de ato que também promoveria o ativismo judicial impositivo, criando nova forma de remissão. É bem verdade que, a jurisprudência todo o tempo tem apresentado atividades que impõe

²⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 641.320/RS*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11436372&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20%20641320>>. Acesso em: 06 jun 2018

²⁹Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252/RS*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11436372&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20%20580252>>. Acesso em 6 jun 2018

a remissão de pena, mas isso se trata tão-somente de uma interpretação elástica do que seria trabalho e estudo no sistema carcerário.

O que ocorre é uma grande problematização dos limites de atuação do sistema judiciário diante de um problema tão grave e como a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional pode redefinir esse cenário.

Como afirmado anteriormente, a Colômbia, após diversos casos de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional aprendeu que a melhor forma de execução da sentença para buscar a mudança do status quo seria a forma dialógica-estrutural de ativismo, o que não tem sido ainda utilizado pelo judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Diante do quadro apresentado, o ativismo judicial parece ser uma realidade na sociedade brasileira. Além do momento histórico, filosófico e teórico propício para o seu germinar, temos ainda a fragilidade política que hoje encontramos no Brasil, fazendo com que o judiciário passe cada vez mais ter um papel de destaque.

Na mesma toada, afigura-se o Estado de Coisas Inconstitucional, uma realidade em países emergentes e que precisam lidar com problemas reais criados por diversos fatores estruturais na sua formação. Hoje, no Brasil discute-se o sistema carcerário, que não encontra em um prazo curto potencial de ser resolvido, principalmente por ser uma questão excluída da plataforma política.

Verdade é que a declaração de Estado de Coisa Inconstitucional, por si só, traz o sistema carcerário para a agenda política. No entanto, o descaso social e a ideia do retributivismo da execução penal torna ainda nebuloso o futuro do sistema carcerário.

Como o problema do sistema carcerário é estrutural, fato é que o Poder Judiciário também encontra seu patamar de responsabilidade, seja em decisões que não levam em consideração a superpopulação, seja pela falta de aplicação dos procedimentos da execução penal.

Nesse quadro, o ativismo judicial floresce em relação ao tema, porém a Suprema Corte brasileira, ainda sem dar a atenção devida, perde-se em decisões simplórias e tentativas amargas de usurpação da função de outros poderes, mas criando normas que somente criam deveres para o próprio judiciário, o que torna menos agressiva essa forma de ativismo.

No entanto, o ativismo dialógico que pode englobar todos os poderes ainda não foi utilizado, tornando provavelmente ineficaz a forma que parece o STF ter escolhido para tentar solucionar o problema.

Enquanto não houver a imposição de prazos, a participação popular, a disponibilização de verba e a compreensão da necessidade de criação de normas específicas sobre o sistema carcerário, o mero esforço do Poder Judiciário, isoladamente, tornar-se-á ineficaz.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Traça histórico do direito Constitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=2>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 mai. 2017.

_____. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. *Resolução nº 213/15 CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1439*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1439%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ+1439%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8af5ga>>. Acesso em: 8 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 1 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. Redator Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=56.NUME.%20E%20S.F.LSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252/RS*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11436372&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20580252>>. Acesso em 6 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 641.320/RS*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11436372&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20641320>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Devemos temer o Estado de Coisa Inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 9 mai. 2017.

_____. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio Estrutural*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 21 mai. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p.25.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Poder Judiciário pode obrigar Município a fornecervaga em creche*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <www.Buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e369853df766fa44e1ed0ff613f563bd> Acesso em: 05 jun. 2018

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Constitucionalidade do art. 28, § 1º e do art. 30 da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a1d0c6e83f027327d8461063f4ac58a6>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *SENTENCIA nº T-025/04*. Relator Manoel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

STRECK, Lênio. *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: 9 mai. 2017.

KEENAN, D. Kmiec. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 22 out. 2017.

