



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A INTERAÇÃO DOS PODERES
DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

José Carlos Barbosa Ferreira

Rio de Janeiro
2018

JOSÉ CARLOS BARBOSA FERREIRA

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A INTERAÇÃO DOS PODERES
DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A INTERAÇÃO DOS PODERES DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

José Carlos Barbosa Ferreira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – o uso do instituto do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro se apresenta de forma complexa e, por isso, intrigante. Com o passar dos anos, e com as mudanças na estrutura da sociedade, o sistema carcerário brasileiro se transforma sem conseguir se adequar às novas condições da realidade. Cada vez mais se percebe que existe uma crise no sistema carcerário e o Supremo Tribunal Federal trouxe quatro soluções para essa crise: diminuir a população carcerária dos presídios, audiências de custódia, concessão de cautelares penais, penas alternativas da prisão. A essência da pesquisa científica é abordar o instituto do estado de coisas inconstitucional e provar que o ativismo judicial é a ferramenta certa para implantar essas soluções e que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem trabalhar juntos para melhorar a crise no sistema carcerário brasileiro.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Estado de Coisas Inconstitucional. ADPF nº 347. Sistema Carcerário Brasileiro. Separação dos Poderes. Ativismo Judicial.

Sumário – Introdução. 1. Porque o Estado de Coisas Inconstitucional foi Trazido para o Brasil da Colômbia na ADPF 347. 2. Estado de Coisas Inconstitucional e o Ativismo Judicial. 3. A Aproximação pelo Trabalho em Conjunto entre os Poderes do Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute e analisa como o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347 importou para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto do estado de coisas inconstitucional. Procura-se demonstrar que o discutido instituto é ativismo judicial, mas que essa é a única forma de solucionar a problemática do sistema carcerário brasileiro. Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir mostrar que, o uso correto do estado de coisas inconstitucional assim como do próprio ativismo judicial, no caso do sistema carcerário, podem trazer benefícios ao país, uma vez que tem como consequência a aproximação dos poderes legislativo, executivo e judiciário e o trabalho em conjunto desses poderes.

Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e favorece as seguintes reflexões: 1. Qual a intenção do Supremo Tribunal Federal em trazer o estado de coisas inconstitucional para o Brasil da Colômbia na ADPF 347? 2. É possível sustentar que

o estado de coisas inconstitucional é ativismo judicial? 3. É viável aproximar os poderes do Brasil para que eles consigam trabalhar em conjunto?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a discussão que gira entorno da separação dos poderes no Brasil. Sempre existem diversos entendimentos sobre o tema, de modo que este artigo científico pretende buscar o melhor entendimento.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito do instituto do estado de coisas inconstitucional, da separação dos poderes, assim como do ativismo judicial. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de que os poderes podem se aproximar a fim de buscar soluções a problemas latentes no Brasil, e mesmo assim manter as suas respectivas atribuições próprias.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o instituto trazido da Colômbia, o estado de coisas inconstitucional e comprovar que esse instituto foi trazido para melhorar a problemática que se tornou o sistema carcerário brasileiro.

Segue-se analisando juridicamente, no segundo capítulo, se o estado de coisas inconstitucional é ativismo judicial e se for, busca analisar quais são as conseqüências e qual é o limite desse ativismo judicial.

O terceiro capítulo pesquisa e conseqüentemente defende a possibilidade de os poderes legislativo, executivo e judiciário poderem trabalhar em conjunto para melhorar e aprimorar não só o sistema carcerário, como também outros problemas do país.

Para tanto, foi necessário refletir os atuais problemas do sistema carcerário do Brasil, as razões e as conseqüências desses problemas, para assim conseguir chegar a uma conclusão se o Supremo Tribunal Federal agiu corretamente quando da ADPF nº 347 ou não.

A presente pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o foco do pesquisador é enfrentar 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 biografia pertinente à temática em foco, sendo analisada e listada na fase exploratória da pesquisa, que são a legislação, doutrina e jurisprudência, para sustentar a sua tese.

1. A INTENÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TRAZER O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PARA O BRASIL DA COLÔMBIA NA ADPF 347

Este capítulo apresenta um instituto trazido da Colômbia¹, o estado de coisas inconstitucional, e comprova que esse instituto foi trazido para melhorar a problemática que se tornou o sistema carcerário brasileiro.

O instituto do estado de coisas inconstitucional pode ser classificado como uma novidade no Direito Constitucional brasileiro. Portanto, se mostra uma tarefa árdua conceituá-lo, doutrina e jurisprudência tentam realizar essa tarefa a todo momento. Este artigo ousará conceituar de forma objetiva e acertada este instituto.

O estado de coisas inconstitucional ocorre quando há uma omissão reiterada de diversos órgãos estatais que ao não cumprirem com as suas funções violam de forma generalizada direitos e garantias fundamentais, cabendo, portanto, ao poder judiciário apontar medidas a serem tomadas pelos poderes legislativo e executivo, a fim de proteger e corrigir a violação a esses direitos.

Criado na Colômbia, o estudado instituto, teve como *leading case*² um processo no qual figuraram no polo ativo um grupo de professores que tiveram seus direitos previdenciários violados por órgãos estatais. A Corte Constitucional Colombiana decidiu determinando as soluções a serem seguidas para o fim da violação inconstitucional.

Importado para o Brasil, o estado de coisas inconstitucional, teve a sua primeira aplicação na ADPF 347³, julgada pelo Supremo Tribunal Federal na qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro.

É cediço que, o sistema carcerário brasileiro, há tempos, vem mostrando diversas violações a direitos e garantias fundamentais, previstas na Constituição Federal⁴. Por inúmeras omissões dos órgãos estatais o cárcere brasileiro se tornou algo inexplicável, apenas consegue entender quem convive diariamente dentro desse sistema.

¹COLÔMBIA. Corte Constitucional de. *Sentencia de Unificación* – SU 559. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>.

²Ibid.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 17. set. 2017.

⁴Idem. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 set. 2017.

Isso posto, o STF⁵ ao declarar a inconstitucionalidade de todo o sistema de cárcere, apontou os erros, e definiu soluções para essa problemática. A primeira delas foi que os juízes e tribunais lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319, do Código de Processo Penal⁶.

Essa primeira solução proposta pelo Ministro Marco Aurélio tem como base a própria lei federal, qual seja o Código de Processo Penal⁷. Segundo ele em seu voto na ADPF 347⁸, a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. Dessa forma, parece chegar ao óbvio usar da própria lei para solucionar tal problemática.

Teve como segunda solução, a determinação, pelo STF, de audiências de custódia dentro de vinte e quatro horas após o momento da prisão. É certo que na prática, esta segunda solução apontada pelo Supremo Tribunal Federal não vem sendo cumprida de forma satisfatória, e por isso, os aplicadores do direito tecem críticas a dita audiência, como por exemplo, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages). Contudo, não é o objetivo do presente trabalho científico apontar críticas doutrinárias.

A terceira solução posta pelo STF foi para que os juízes e tribunais considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

Deve se levar em consideração, como dito, o quadro dramático que vive o sistema penitenciário. Em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual. Não há como ignorar este fato.

Teve como quarta solução para os juízes quando possível, estabelecerem penas alternativas a prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

⁶Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: em 18 set. 2017.

⁷Ibid.

⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

Aqui, torna-se importante citar o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo⁹, que ao falar sobre a problemática do sistema penitenciário brasileiro, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”. A analogia não poderia ser melhor.

A quinta foi proibir o poder executivo guardar as verbas do fundo penitenciário nacional. Fazendo que, com isso, as verbas desse fundo sejam usadas para a sua finalidade precípua que é a manutenção do sistema carcerário no Brasil.

Como bem disse o Ministro¹⁰ em seu voto há sim uma relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial.

É certo que o STF, ao declarar inconstitucional o sistema carcerário, apontando um “fazer” a outro Poder – como visto para o poder executivo – agiu com certo ativismo judicial. O ativismo judicial não é bem visto pelos juristas brasileiros, sempre se aponta um perigo alarmante de o poder judiciário começar a usar o ativismo para criar novas interpretações de leis como bem entender.

Contudo, andou bem o STF na ADPF 347¹¹. Basta uma análise superficial da dita Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental para entender que não restava outra solução que não a tomada pelo Supremo, sob pena de não ter mais solução para o cárcere brasileiro com o passar dos anos.

A novidade sempre assusta, tudo que é novo causa certa estranheza e espanto, mas a sociedade não pode deixar de evoluir por medo. Se mostrava necessária a adoção de alguma solução para a problemática do sistema carcerário, e o Supremo, como Corte Constitucional, nada mais fez que a sua função típica que é de solucionar violações constitucionais.

Ao apontar um fazer para os outros poderes, não ultrapassou a sua função originária e nem faz com que os outros poderes – executivo e legislativo – o façam. Basta que o poder executivo e o poder legislativo cumpram com as suas funções típicas, originárias, que é de executar e legislar, respectivamente.

⁹BRASIL. *Jornal Estadão*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>>. Acesso em: 25. Fev. 2018.

¹⁰Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

¹¹Ibid.

Na ADPF 347¹², não se pede que o legislativo ultrapasse a sua função, e isso também serve para o executivo. Pelo contrário, o STF apenas pretende que os poderes parem de se omitir e conseqüentemente parem de violar direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal¹³. O STF está a proteger a CRFB/88¹⁴. E se ao realizar esta tarefa tiver que agir com certo ativismo judicial, que seja. Alguma medida tinha que ser tomada, bom para a sociedade que a Corte Suprema o fez.

Para corroborar com tudo dito neste primeiro capítulo, é adequado mostrar as estatísticas sobre o sistema carcerário brasileiro, estatísticas estas, as mesmas usadas na ADPF 347¹⁵.

Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.¹⁶

Dessa forma, fica comprovado que o estado de coisas inconstitucional foi trazido da Colômbia para o Brasil para melhorar o sistema penitenciário brasileiro e não para apenas ser uma nova forma de ativismo judicial.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

¹³Idem. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18. set. 2017.

¹⁴Ibid.

¹⁵Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

¹⁶Ibid.

2. A POSSIBILIDADE DA SUSTENTAÇÃO DE QUE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL É ATIVISMO JUDICIAL

Este capítulo visa enfrentar um assunto que não é visto com bons olhos pelos operadores do direito no Brasil. Primeiro, porque a Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷, em seu artigo 2º, traz de forma cristalina a separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e em seu conteúdo a Constituição¹⁸ aponta quais são as atribuições típicas e atípicas de cada um desses poderes de modo que um não pode interferir nas atribuições dos outros, inclusive, recebendo o nome de “sistema de freios e contrapesos” ou *checks and balances*.

Depois, porque o ativismo judicial consiste em dar mais poder para o judiciário, com isso os juízes gozariam de mais munições para agirem da forma que bem entenderem, e é claro, se essas munições forem usadas de maneira errada, causaria um efeito contrário ao pretendido.

Contudo, o presente artigo científico vai comprovar que o ativismo judicial tem grandes possibilidades de dar certo, de modo que é o melhor caminho para dar plena efetividade ao instituto do estado de coisas inconstitucionais apresentado na ADPF nº 347¹⁹.

Se mostra importante aqui, remontar ao primeiro capítulo desta pesquisa científica, quando elenca-se as quatro soluções dadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347²⁰ para melhorar a crise que é latente no sistema carcerário brasileiro, quais sejam: a) diminuir a população carcerária dos presídios; b) audiências de custódia; c) concessão de cautelares penais; d) penas alternativas da prisão.

Percebe-se que todas as alternativas de melhora para o sistema carcerário são medidas judiciais que só podem ser efetivadas por juízes, sejam eles de primeiro, segundo grau ou dos Tribunais Superiores. Assim, não há alternativa mais viável do que conceder mais poderes para eles, sob pena de não conseguir se botar em prática essas medidas elencadas pelo Supremo.

¹⁷BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4. mar. 2018.

¹⁸Ibid.

¹⁹Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 4. mar. 2018.

²⁰Ibid.

O cerne da questão é que quando se lê “ativismo judicial” automaticamente os juristas ligam um alerta interno, por causa do receio que existe de que quando se dá muito poder a uma só pessoa, essa pessoa tende a abusar desse poder. Esse receio não é de forma alguma infundado. Historicamente, todos os grandes ditadores tiveram todo o poder concentrado em suas mãos, e sabemos que são eles os autores das maiores atrocidades de que se tem conhecimento.

Ocorre que, esse receio, que beira o medo, não pode prosperar. É certo que, ao ler “ativismo judicial” as pessoas têm que se sentir tranquilas sabendo que juristas capacitados e justos estão a cuidar dos interesses da população como um todo. Ativismo judicial, nada mais é que um juiz extremamente capacitado, usando de todos os meios possíveis para resolver uma situação. É a personificação do Estado se empenhando para agir em prol da sociedade.

Pois bem, ultrapassada a questão de que o ativismo judicial, neste caso, seria algo positivo e não negativo, resta entrar no núcleo do capítulo e confrontar as medidas impostas pelo Supremo na ADPF nº 347²¹ e o ativismo judicial.

Como já foi apontado, o STF determinou que fosse diminuída a população carcerária e para atingir esse objetivo existem medidas a serem tomadas. Certo é que, essas medidas só podem ser tomadas por juízes de direito. Não podendo ser tomadas por políticos, sejam eles do Poder Legislativo ou Executivo. É que, apenas o Poder Judiciário tem em suas mãos artifícios para dar efetividade a essa medida.

O Poder Judiciário, por meio de seus juízes de direito com a ajuda dos servidores, tem o poder de dar um andamento mais rápido ao processo penal, é obvio que esta medida não cabe somente aos juízes, porque se assim fosse estaria afirmando que a falta de celeridade no judiciário se dá por culpa dos juízes e isso não é verdade.

Contudo, os juízes e servidores têm o poder, na medida do possível, de fazer com que os processos sigam a sua marcha natural e que com isso cheguem logo ao seu final, qual seja o julgamento do mérito do processo. E só quem pode fazer isso é o Poder Judiciário.

O Supremo determinou também que fossem realizadas audiências de custódia, para que nelas fique apurado a necessidade da prisão do acusado. De novo, isso só pode ser efetivado pelo Poder Judiciário. O juiz é o único que pode presidir audiência, tanto que, uma decisão sem a assinatura do magistrado é um ato inexistente para o mundo jurídico.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 4. mar. 2018.

Não há falar em audiência sem juiz. Existe um brocardo no qual se afirma que as pessoas têm que fornecer apenas os fatos ao juiz que ele lhes dirá o direito: *dabo mihi factum dabo tibi jus*. Ademais, existe o princípio do *iura novit curia* que consiste em não se fazer necessário provar em juízo a existência da norma jurídica invocada, pois se parte do pressuposto de que o juiz conhece o direito e irá aplicá-lo da melhor forma possível.

Outra determinação do STF foi a concessão de cautelares penais, presentes no artigo 319, do Código de Processo Penal²². Ora, somente os juízes têm o poder de aplicar ou, como no caso, deixar de aplicar uma pena. As medidas cautelares são penas alternativas as penas privativas de liberdade, ou seja, os juízes podem deixar de aplicar a pena de cárcere fechado e aplicar uma dessas medidas cautelares diversas da prisão.

Vale lembrar que as medidas cautelares diversas da prisão são um procedimento judicial que visa a prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de um direito. Isto porque é um ato de precaução ou um ato de prevenção promovido no judiciário, onde o juiz pode autorizar quando for manifesta a gravidade, quando for claramente comprovado um risco de lesão de qualquer natureza, ou na hipótese de ser demonstrada a existência de motivo justo amparado legalmente.

Por último, foi apontado pelo Supremo que fossem aplicadas as penas alternativas da prisão. São penas alternativas da prisão a pena restritiva de direito, prevista no artigo 43, do Código Penal²³, e a pena de multa, prevista no artigo 49, do mesmo diploma²⁴. Hoje, se discute sobre a reparação do dano com efeitos penais.

Vale lembrar que essas são as três vias do direito penal para o jurista alemão Claus Roxin²⁵. A primeira via do direito penal são as penas privativas de liberdade e restritivas de direito, a segunda via do direito penal, para Roxin, é a pena de multa e a terceira via é a reparação do dano com efeitos penais.

Fato é que como todas as hipóteses acima apontadas, essa também recai sobre o Poder Judiciário. Só quem tem competência para condenar em um processo penal, pena esta ou aquela, é o juiz de direito. De modo que não há pensar em um político condenando uma pessoa a serviços comunitários.

²²Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: em 4. mar. 2018.

²³Idem. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: em 4. mar. 2018.

²⁴Ibid.

²⁵ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Se torna oportuno aqui, citar as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux²⁶ que traz à baila, em seu voto na ADPF nº 347, o que entende por ativismo judicial-dialógico:

Senhor Presidente, hodiernamente, o que se tem verificado em várias cortes constitucionais é exatamente esse ativismo judicial-dialógico que visa a implementar esses direitos fundamentais previstos na Carta dos respectivos países. Então, aqui, cita-se como exemplo a corte colombiana, que efetivamente é uma corte que tem dado ênfase a essa implementação de políticas públicas. Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir. E me recordo, por exemplo, que na Índia, na África do Sul, na Colômbia, enfim, em todos esses países, as cortes supremas, elas, digamos assim, determinam a prática de uma política pública e acompanham e coordenam essas práticas. Mas, aqui, já há um passo adiante. Aqui o que se alega é que já há uma previsão constitucional e uma previsão legal, e que essas previsões constitucionais, em primeiro lugar, eclipsadas em direitos fundamentais, elas estão sendo descumpridas.

Em suma, o estado de coisas inconstitucional e o ativismo judicial estrutural dialógico só se mostram necessários em democracias caracterizadas por sub-representações e por ostensiva inércia das autoridades públicas na concretização das pretensões constitucionais, e visam harmonizar e coordenar os poderes do Estado. Portanto, na qualidade de principal guardião da dimensão constitucional da democracia, cabe ao STF alinhar as instituições dos poderes públicos no caminho do respeito à dignidade humana, como última trincheira dessa parcela significativa de pessoas ignoradas socialmente e vítimas de um sistema penitenciário absolutamente falido.

Isso porque o ativismo judicial decorrente do reconhecimento do ECI promove a harmonização entre os poderes públicos em prol de algumas minorias deliberadamente ignoradas. Notadamente, isso exige uma remodelação do princípio da separação de poderes, sob pena de esvaziamento de direitos fundamentais. É dizer, este princípio não deve ser visto sob uma ótica rígida e meramente organicista. Aliás, atualmente, fala-se até em ativismo constitucional, pois, em nome da Carta Federativa²⁷, todo poder público deve adotar um perfil ativista na proteção dos direitos fundamentais.

Assim, em uma concepção dinâmica da separação de poderes, o ativismo judicial estrutural finca suas bases de legitimação democrática, máxime em razão do atual panorama político-representativo brasileiro, que é assaz defeituoso e seletivo. Esse ativismo estrutural

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 4. mar. 2018.

²⁷BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4. mar. 2018.

consequente do ECI, portanto, assenta-se em ambientes de democracias atrofiadas. Dessa forma, na qualidade de guardião da dimensão constitucional da democracia, cabe ao STF reajustar os poderes públicos no caminho do respeito à dignidade humana, como última trincheira da cidadania.

3. A VIABILIDADE DE APROXIMAR OS PODERES DO BRASIL PARA QUE ELES CONSIGAM TRABALHAR EM CONJUNTO

O terceiro capítulo pesquisa e conseqüentemente defende a possibilidade de os poderes legislativo, executivo e judiciário poderem trabalhar em conjunto para melhorar e aprimorar não só o sistema carcerário, como também outros problemas do país.

Para tanto, foi necessário refletir os atuais problemas do sistema carcerário do Brasil, as razões e as conseqüências desses problemas para assim conseguir chegar a uma conclusão se o Supremo Tribunal Federal agiu corretamente quando da ADPF n° 347²⁸ ou não.

Se mostra também necessário aqui tecer comentários sobre as atribuições dos poderes do Brasil, atribuições que lhes foram determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil.²⁹

É certo que, cada um dos poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário, tem as suas atribuições típicas – que são as atribuições para que eles “foram criados” para desenvolver – e as atribuições atípicas – as quais eles não “foram criados” para desenvolver – mas que por questões de administração os poderes se encontram aptos a desenvolverem.

Temos como exemplo claro aqui, a atividade que um Juiz de direito exerce ao realizar a administração do cartório, exercendo função de comprar papel, caneta, dentre outras coisas. No poder Executivo temos o exemplo de o Presidente da República editando medidas provisórias, assim, exercendo uma função legislativa. E por fim temos a Comissão

²⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 20. mar. 2018.

²⁹Idem. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.

Parlamentar de Inquérito, prevista no artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição da República³⁰, em que o poder legislativo exerce função jurisdicional.

Essas atribuições atípicas se mostram de suma importância para o funcionamento diuturno dos poderes, afinal, ficaria inviável ter que requisitar a outro poder da república uma ação tão simples quanto comprar papel e caneta.

Também se mostra importante as atribuições dos poderes, para o exercício do (dito acima) sistema de freios e contrapesos ou como também é conhecido sistema dos *checks and balances*. Ora, se a Constituição Federal³¹, permite e ainda fomenta a fiscalização de um poder pelo outro, se torna cristalina a importância das funções típicas e atípicas dos poderes da república.

O artigo 2º, da CRFB³² nos ensina que o poder Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes da União e são independentes e harmônicos entre si.

São independentes, ou seja, eles exercem as suas atribuições, como dito, sem depender um do outro. Para um leitor desavisado pode parecer que os poderes são de certa forma, livres para realizarem as atribuições conferidas a eles pela Constituição da forma que quiserem uma vez que são independentes. Mas isso não é verdade.

Basta continuar a leitura do artigo 3º, da CRFB³³ que percebe-se o intuito do constituinte com o dito artigo. Os poderes são independentes sim, mas também são harmônicos. Sendo que eles não podem trabalhar de forma desgovernada, sendo cada um por si. Deve existir uma contribuição, um balanço e existe o sistema dos freios e contrapesos.

Os poderes devem trabalhar em perfeita harmonia, sob o risco de um deles não ser capaz, intencionalmente ou não, de exercer as suas atribuições. E é o que acontece nos dias de hoje com o sistema carcerário brasileiro.

O Executivo e Legislativo não foram capazes de sozinhos administrar o sistema carcerário, o transformando nas “masmorras medievais” dantes mencionadas nessa pesquisa científica. Fazendo com que as prisões tenham superlotação, um problema que assola a realidade brasileira.

³⁰BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³Ibid.

A ADPF nº 347³⁴ vêm para trazer a solução para esse problema. O Estado de Coisa Inconstitucional vêm para solucionar esse mal que nos assombra. Mas para que isso se concretize é preciso o trabalho em conjunto dos poderes.

É certo que o ativismo judicial é uma ferramenta crucial para este trabalho. Contudo, vimos também que sozinho o poder judiciário não vai conseguir obter o êxito esperado com a ADPF 347³⁵. É preciso um trabalho em equipe entre os poderes, para que o êxito se alcance.

O Poder Legislativo deve realizar a prática de sua atribuição típica e com isso editar leis com o fim de diminuir a população carcerária. Não, esta pesquisa não está defendendo a depenalização ou a descarcerização de crimes. A presente pesquisa, apenas ousa dizer que se as leis fossem mais justas, com preceitos secundários (penas) condizentes com a conduta criminosa, iriam ser presas as pessoas que deveriam ser presas e iriam ser soltas as pessoas que merecem ser soltas, diminuindo assim a população carcerária e ainda conseguindo ser mais justo na própria punição penal.

É cediço que, quando legislador edita uma norma penal incriminadora, com seu preceito primário e seu preceito secundário, ele leva em consideração a chamada política criminal. Foi assim nos crimes tributários e foi assim no crime de uso de substâncias entorpecentes, quando o legislador optou por descarcerizar o uso no artigo 28, da lei 11.343/06³⁶. Não deixou de ter um tipo penal incriminador, apenas não tem mais pena privativa de liberdade.

Aliás, esse se torna um bom exemplo a ser usado para minimizar a população carcerária. Sem aqui, entrar na discussão sobre a liberação das drogas, ao fim ao cabo, pessoas não são mais presas por usar drogas e isso diminui a população carcerária.

Outra forma que o legislador tem de diminuir a superlotação dos presídios, é a edição de normas incriminadoras com penas alternativas de prisão. Nem todo crime precisa de cárcere. Contudo no Brasil, vivemos uma cultura que só se resolve problemas sociais com o direito penal e mais com pena privativa de liberdade. Não usa-se políticas públicas e nem sequer se fala em educação social. Campanhas para junto com a população são altamente eficazes e usadas em peso nos países desenvolvidos.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 20. mar. 2018.

³⁵Ibid.

³⁶BRASIL. *Lei nº 11.343/06*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.

Ótimo exemplo a ser usado aqui é a campanha contra o tabagismo. Não foi incriminado e mesmo assim cada vez diminui mais o número de fumantes ao redor do país. Solução que deveria ser mais explorada.

Cabe ao poder Executivo ajudar nesse trabalho em conjunto com os outros poderes, para obter o fim que tanto almejamos. E cabe a ele ajudar realizando exatamente essas políticas públicas, agora citadas.

A educação social é uma realidade vivida em inúmeros países, de modo que nos dias de hoje, existem campanhas na Inglaterra para as pessoas perderem o preconceito com as segundas-feiras. Parece uma informação irrelevante a primeira vista, contudo, transparece bem o nível de evolução em que a sociedade inglesa chegou a ponto de se preocupar com assuntos que para o Brasil são impensáveis.

Cabe ao poder executivo ainda editar medidas provisórias, como sua atribuição atípica, concedida pela Constituição Federal³⁷. Então, se o chefe do executivo, que foi eleito pelo povo com voto direto e secreto tem o poder de editar medidas provisórias e com isso melhorar a situação do sistema carcerário no Brasil, ele deve fazê-lo.

É certo que o chefe do executivo não pode editar medidas provisórias sobre normas penais incriminadoras, pelo simples fato de a própria Constituição Federal, em seu artigo 62, parágrafo 1º, I, “b”³⁸, dizer que é vedado a edição de medidas provisórias que versem sobre matéria de direito penal e processo penal.

Contudo, conforme entendimento do professor Luiz Flávio Gomes³⁹, medidas provisórias não podem descrever o crime. No entanto, para beneficiar o réu admite-se a analogia e até mesmo os costumes. Razão pela qual não há como afastar a possibilidade de medidas provisórias que beneficiem réu. Nesse sentido o renomado autor se vale da manifestação do próprio Supremo no RE nº 254818-PR ao discutir efeitos benéficos introduzidos em nosso ordenamento jurídico pela MP nº 1571/97. Trata-se de uma visão garantista do direito penal.

Dessa forma, percebe-se, que o poder executivo também tem a sua forma de contribuir para o problema que se tornou o sistema carcerário brasileiro.

Diante de tudo o que foi explanado, fica fácil visar que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário podem e devem trabalhar em conjunto para por em prática tudo o que

³⁷BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.

³⁸Ibid.

³⁹GOMES, Luiz Flávio. *Livro Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pg. 130.

foi decidido na ADPF 347⁴⁰. É sim possível e extremamente válido que os poderes se aproximem de forma que possam se ajudar, na medida do possível, para aplicar o Estado de Coisa Inconstitucional no Brasil e melhorar a crise do sistema carcerário brasileiro.

Basta apenas que cada um faça a sua parte para que juntos possam proporcionar aos presos, que estão em estado de miséria, uma passagem mais digna e humana pelo presídio, aumentando assim as chances de uma melhora nesse preso e de uma reinserção na sociedade mais harmoniosa.

CONCLUSÃO

Em conclusão, esta pesquisa científica ousou demonstrar o problema que assola o sistema carcerário brasileiro na atualidade. Por meio de doutrina, jurisprudência, leis e até dados científicos de pesquisas realizadas, comprovou que a superlotação dos presídios é um caos e deve ser melhorado o mais urgente possível.

Como solução viável, apresentou a ADPF nº 347, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao trazer do direito comparado, *in caso*, da Colômbia, o Estado de Coisas Inconstitucional, trouxe também quatro medidas para a melhora do sistema carcerário brasileiro, quais sejam: a) diminuir a população carcerária dos presídios; b) audiências de custódia; c) concessão de cautelares penais; d) penas alternativas da prisão.

Contudo, para que essas medidas sejam implantadas no ordenamento jurídico brasileiro é necessário uma atuação em conjunto dos poderes da república, Legislativo, Executivo e Judiciário.

É certo que o poder judiciário possui maiores ferramentas para a solução do caso concreto. Por todas, a utilização do chamado ativismo judicial. Este não se trata de concentração de poderes em uma determinada pessoa ou órgão, mas sim deixar que o judiciário use de seus meios para enfrentar essa crise que passa o Brasil.

De toda sorte, o judiciário não pode agir sozinho, mesmo com uma ferramenta tão poderosa como o ativismo judicial precisa do auxílio dos poderes Legislativo e Executivo. Todos têm que trabalhar em prol da melhora do sistema carcerário brasileiro, porque do contrário, essa crise nunca vai acabar.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 20. mar. 2018.

A presente pesquisa encerra afirmando que a crise no sistema judiciário tem solução e não é apenas a construção de mais presídios. Na verdade, as soluções já estão presentes em nosso ordenamento jurídico, basta usá-las, aplicá-las. Porque se os poderes, juntos, derem efetividade a todas soluções possíveis, o sistema carcerário brasileiro caminhará para um futuro melhor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: em 18 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

_____. *Jornal Estadão*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>>. Acesso em: 25. fev. 2018.

_____. *Lei nº 11.343/06*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de. *Sentencia de Unificación – SU 559*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>. Julgado dia: 6 de novembro de 1997. Acesso em: 15. out. 2017. Julgado dia: 6 de novembro de 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Livro Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pg. 130.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.