



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO DIANTE DO ATUAL SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

Gabriela Soares Dantas Lopes

Rio de Janeiro
2019

GABRIELA SOARES DANTAS LOPES

A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO DIANTE DO ATUAL SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

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

A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO DIANTE DO ATUAL SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

Gabriela Soares Dantas Lopes

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC.

Resumo – O presente trabalho busca discutir a judicialização das políticas públicas na tutela dos presos, indagando se a atuação judicial é necessária nos casos de violação dos direitos fundamentais e qual seria a responsabilização do Estado diante do quadro generalizado de omissões dos Poderes da Federação. Por meio dessa análise surge a questão sobre existência ou não de um ativismo judicial nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente a partir da ADPF nº 347, sendo alvo de inúmeras críticas, uma vez que está consagrado na Constituição Federal o Princípio da Separação dos Poderes.

Palavras-chave – Responsabilização do Estado. Omissão. Superlotação carcerária. Judicialização de políticas públicas. Ativismo judicial.

Sumário – Introdução. 1. A superlotação carcerária e os mecanismos para combatê-la. 2. A responsabilização do estado por violação à dignidade dos presos. 3. Judicialização de políticas públicas ou ativismo judicial? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de limitação da atuação do Poder Judiciário na tutela das minorias, especificamente a população carcerária brasileira, dentro de um contexto de superlotação dos presídios e da situação degradante a qual esses presos estão submetidos. Procura-se demonstrar a inércia por parte dos demais Poderes e de que forma o Supremo Tribunal Federal poderá promover a implementação de políticas públicas, que atualmente são escassas e ineficientes, analisando as balizas que devem permear o seu agir.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir e chegar a uma conclusão sobre a manifestação da Corte Constitucional em tais circunstâncias. Busca-se analisar se é necessária a atuação de forma ampla do Judiciário, ou se deve haver restrições, a fim de não caracterizar um ativismo judicial.

A Constituição Federal estabelece em seu texto, expressamente, o direito de acesso à justiça e consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Diante disso, as demandas sociais, com o crescente descaso do Poder Público, migraram para o Judiciário como uma forma de se ter garantida maior efetividade na defesa de seus direitos, especialmente no contexto de crise econômica e política vivenciada no Brasil.

O tema é controvertido tanto na doutrina como na jurisprudência. Dessa forma, merece atenção e aprofundamento, sendo certo que é sempre delicada a intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas, uma vez que está consagrado, no Estado Democrático de Direito, o Princípio da Separação dos Poderes.

Para a melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de judicialização de políticas públicas e ativismo judicial, como forma de compreender a diferença entre ambos e analisar em que hipóteses o Judiciário pode intervir sem violar a sua inércia e imparcialidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discutindo as possibilidades e os mecanismos que podem ser utilizados para resolver a questão da superlotação carcerária brasileira, analisando se a atuação judicial se faz necessária, ou se é possível a busca por outro mecanismo mais eficiente.

O segundo capítulo trabalha as hipóteses de responsabilização do Estado no caso de violação dos direitos dos presos, buscando analisar de que forma e quais instrumentos de coerção a Corte Constitucional poderá utilizar para fazer cumprir as suas decisões de forma efetiva e imediata. Isso porque no contexto de superlotação dos presídios, há diversas notícias de torturas, violência, celas insalubres, falta de produtos higiênicos básicos, além da dominação das prisões por organizações criminosas, ou seja, situações que demonstram a inércia da Administração Pública, capazes de ensejar a necessidade de reparar os presos pelos danos suportados.

O terceiro capítulo busca dar enfoque na questão da judicialização de políticas públicas e ativismo judicial, analisando os limites para atuação do Poder Judiciário quando é instado a se manifestar em tais casos. O enfoque será na recente decisão da ADPF 347, na qual foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, criticada por operadores do Direito e enaltecida por outros, mas que de toda forma possibilita o diálogo institucional por meio de uma decisão estruturante e inovadora.

Com relação as técnicas metodológicas, a pesquisa em tela, utilizando-se de uma metodologia de análise qualitativa e de abordagem hipotético-dedutiva, examinará recentes casos concretos decididos pelo Poder Judiciário Brasileiro, especificamente o Supremo Tribunal Federal, e suas eventuais consequências na sociedade.

Por fim, a abordagem do objeto desta pesquisa será teórica e crítica, com consulta a diversas espécies de fontes secundárias bibliográficas, além do uso da legislação e análise jurisprudenciais referentes ao tema, que possam corroborar a tese sustentada.

1. A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E OS MECANISMOS PARA COMBATÊ-LA

No contexto atual da sociedade brasileira, em meio a situação de crise econômica, social e política, surge uma das maiores discussões que está sendo enfrentada pelas autoridades e que confirma a falência do Estado Brasileiro em cuidar de políticas públicas, qual seja, a superlotação carcerária. A sujeição dos presos à condições precárias aumenta o sofrimento físico e psicológico que já é inerente à prisão e ultrapassa a própria pena imposta por sentença, retirando qualquer potencial ressocializador.

O tema passou por uma grande evolução nos julgamentos perante a Corte Constitucional. Um primeiro caso¹ relevante que merece ser citado envolveu a necessidade de realização de obras emergenciais em presídios. Neste precedente, o Supremo Tribunal Federal impôs à Administração Pública a obrigação de fazer consistente em executar reformas emergenciais em estabelecimentos prisionais, afastando a tese da reserva do possível. Constatou-se a necessidade de cumprir a pena de forma digna, de forma que o artigo 5º da Constituição Federal deve ser assegurado aos presos, como forma de proteger a sua integridade física e moral, a dignidade da pessoa humana, a função ressocializadora da pena e de cumprir as determinações da Lei de Execuções Penais.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, relator do caso, em seu voto, ressalta que o Judiciário deve fazer jus às elevadas competências que lhe foram outorgadas pela Constituição, assumindo um *status* de Poder do Estado, principalmente quando os demais Poderes estão absolutamente omissos na questão dos presídios. Em seu voto salientou a situação das penitenciárias brasileiras, que encarceram mais de 600 mil detentos em condições subumanas, além de revoltas, conflitos, estupros e até mesmo homicídios. Essa situação calamitosa ensejou o que o Ministro denominou de “verdadeiro depósito de pessoas”, causando a aplicação de penas adicionais, na forma de situações degradantes.

Um segundo caso² marcante julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi a necessidade de impor indenizações aos presos que viviam em situação degradante nos presídios. No recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, ficou assentada a necessidade de manter padrões mínimos de humanidade, de forma que o Estado ficou responsabilizado, na forma do

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 592.591*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 24 set. 2018.

2 Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 24 set. 2018.

artigo 37, parágrafo 6º da Constituição, pelos danos morais decorrentes da falta de condições de encarceramento, no valor de R\$ 2 mil para cada um dos condenados.

Nesse importante julgado foi trazido ao debate diferentes posições dos Ministros quanto à reparação a ser adotada, sendo majoritariamente defendida a indenização em dinheiro por meio de parcela única. Contudo, importante salientar uma interessante proposta indicada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em que defendeu sobre a possibilidade de criar uma espécie nova de remissão, chamada de remissão ficta da pena. A fórmula proposta foi de um dia de redução da pena por 3 a 7 dias de prisão em situação degradante.

Contudo, o caso mais relevante e mais difundido acerca das condições degradantes das prisões brasileiras foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 346/DF³, julgada em 9 de setembro de 2015, por meio da qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar para determinar que os juízes e tribunais realizassem em até noventa dias, audiências de custódia. Na decisão, o STF determinou, ainda, à União a liberação de saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e abstenção de realização de novos contingenciamentos. Essa decisão ficou conhecida pela instituição do Estado de Coisas Inconstitucional.

Diante de todas essas decisões, especialmente a última destacada, começaram os debates acerca da possibilidade de estar evidenciado um ativismo judicial. O Poder Judiciário foi criado para julgar casos concretos individuais, como função precípua a jurisdicional. A partir da Segunda Guerra Mundial, contudo, começou a surgir de fato a judicialização e introdução de novos conceitos a essa função.

A judicialização, tida como um movimento mundial, é a transferência de conflitos sociais e de poder para o judiciário. Cabe destacar que o artigo 5º, inciso XXV, da Constituição da República consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo assim, o Poder Judiciário não possui uma discricionariedade para decidir ou não a causa, devendo julgar, não tendo a escolha de se omitir, como os demais Poderes habitualmente o fazem.

As causas da judicialização são inúmeras. Inicialmente, a inércia dos Poderes em solucionar os problemas sociais e implementar políticas públicas. Ademais, com o surgimento da Constituição de 1998, o rol de direitos fundamentais foi demasiadamente alargado, devendo o poder judiciário consolidar a sua máxima efetividade. Por fim, nesse contexto há a

3 Idem. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 346/DF*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D307146003%26tipoApp%3D.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 24 set. 2018.

redemocratização do País, após a Segunda Guerra Mundial, em que a democracia ganha força, necessitando de um Judiciário forte, que é depositário da confiança de toda a sociedade.

Contudo, ao inovar e atribuir novas feições, começam a surgir críticas sobre o poder inflado do Judiciário, sobrecarregando-o em detrimento dos demais. Sendo a judicialização um fato vivido pela sociedade brasileira, o ativismo judicial é uma consequência dessa postura proativa adotada.

Ainda que admitido o ativismo judicial em decisões da Corte Suprema, certo é que o principal papel a ela atribuído é o de permitir uma efetivação do mínimo existencial, negligenciado pela tese de “reserva do possível”.

Mesmo atribuindo uma forte influência do Poder Judiciário na consagração de direitos e garantias fundamentais, é importante inovar nas soluções para a questão da superlotação, de modo que não fique estagnado e restrito apenas à Corte Suprema, e ainda, que não fique “perdido” nos debates sobre ativismo judicial.

Diante disso, é interessante introduzir novas possibilidades para a solução do problema sistêmico da superlotação carcerária. De início, importante salientar que a construção de novos presídios não implica em medida efetiva, uma vez que não resolve a questão, e sim a amplifica, sendo certo que as prisões brasileiras são dominadas por facções criminosas. É preciso criar medidas alternativas, de forma a garantir a dignidade dos presos e aplicar de forma concreta a função ressocializadora da pena:⁴

não é possível ignorar essa realidade que escancara a supremacia do crime organizado sobre o controle estatal dentro das unidades prisionais. A força das facções criminosas se intensifica quanto mais degradantes são as condições do encarceramento, e as condições são cada vez mais precárias na medida em que se prende além da capacidade e não se destina mais recursos para a manutenção das prisões. (...) Não haverá esperança enquanto não forem implementadas medidas que enfrentem a cultura do encarceramento em massa, sendo necessário iluminar o debate sobre a política de segurança pública e a política prisional para que medidas eficazes e racionais sejam adotadas.

Como um primeiro mecanismo de contenção da superlotação carcerária, pode-se destacar a ampliação da realização de audiências de custódia no Brasil, regulamentada pelo artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e pelas Resoluções 213 e 214 do Conselho Nacional de Justiça, que surge como uma de possibilidade de redução dos índices de

⁴ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário*. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/encarceramento-2.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

população carcerária. Nesse sentido, especialistas discutem a efetividade e implementação das audiências de custódia no território brasileiro⁵:

o Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), Joaquim Neto, faz uma ressalva em relação às audiências de custódia: apesar de elas serem realizadas em todos os Estados, geralmente elas ocorrem apenas nas capitais e em cidades grandes de cada Unidade Federativa. (...) Em alguns locais, como São Paulo, as audiências não são realizadas aos fins de semana e durante o recesso do Judiciário. '[A audiência de custódia] está em todos os Estados, mas não abrange todas as comarcas e unidades prisionais', diz. (...) Para Neto, é possível traçar um paralelo claro entre o instituto e a superlotação do sistema prisional. 'Se a audiência de custódia já estivesse implementada no país não teríamos chegado aos números que chegamos hoje de presos provisórios', afirma.

De fato, a difusão das audiências de custódia ao redor do País, de forma a possibilitar o comparecimento do preso em até 24 horas perante uma autoridade judiciária, possibilita a verificação de abusos na prisão e a consequente análise de ilegalidade, tornando-se desnecessário o encarceramento.

Ademais, outras proposições podem ser destacadas, por meio da importação de recomendações construídas pelo Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, em relação à superlotação carcerária, quais sejam: a privação da liberdade ser considerada como sanção ou medida de última instância; a previsão de um conjunto apropriado de medidas aplicadas em meio livre; o exame da oportunidade de despenalizar alguns tipos de delito ou requalificá-los; recorrer à aplicação do princípio da oportunidade da ação penal e procedimentos simplificados; aplicação de custódia cautelar; e o uso mais amplo possível das medidas alternativas às custódias cautelares.⁶

Na busca de medidas eficazes para combater o problema sistêmico de superlotação carcerária ganha força o princípio do *numerus clausus* ou “capacidade taxativa dos presídios”, como forma de controlar e reduzir a população carcerária e garantir o cumprimento do artigo 85 da Lei de Execuções Penais, que assim dispõe: “O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”⁷. Tal princípio pode ser compreendido como uma proporção “presos-vagas”, na qual uma nova entrada no sistema prisional deve corresponder ao menos a uma saída, mantendo-se uma estabilidade e, a longo prazo, uma redução de tais números.

⁵ MENGARDO, Bárbara. *Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?* Especialistas divergem ao responder a questão. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-13012017>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁶ ROIG, Rodrigo. *Execução penal: Teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 606.

⁷ BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

Desde 1989, o princípio do *numerus clausus* já era utilizado como critério e prognóstico de adaptabilidade social, por meio de medida proposta pelo Relatório Bonnemaison. Posteriormente, em 2006, foi criada uma campanha na França com fundamento no princípio “uma vaga por cada preso”. Ainda há recentes aplicações em âmbito internacional, em países como Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca, que criaram uma espécie de “lista de espera” e “escalonamento” do ingresso nos estabelecimentos penais”.⁸

Portanto, essas medidas de um lado fortalecem os direitos das pessoas presas e do outro criam a necessidade de o Estado adotar soluções para a situação degradante por elas vividas, de forma que a falta de recursos não pode justificar a violação massiva dos direitos humanos dessas minorias. Por fim, a superlotação deve ser entendida como um desvio de execução, impondo os indivíduos uma vida indigna, sendo certo que os instrumentos listados devem servir como uma forma de dar humanidade e proteção aos direitos fundamentais, que precisam ser garantidos a todos, sem exceções.

2. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DOS PRESOS

A responsabilidade civil do Estado passou por longa evolução no plano histórico. No direito comparado houve uma primeira fase de irresponsabilidade civil, que vigorou a partir da metade do Século XIX, na qual o poder soberano do Monarca não possuía qualquer limitação.

A ideia que vigorava era de intangibilidade do Estado, traduzida nas expressões *the king can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*. Tal teoria foi abandonada, e evoluiu-se para a fase de responsabilidade subjetiva, pautada na doutrina civilista da culpa. Buscava-se distinguir duas situações: se o Estado praticasse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, todavia, se fosse exarado um ato de império, não haveria tal responsabilização.

Posteriormente se tornou desnecessária tal diferenciação, uma vez que o Estado passou a responder de forma subjetiva nos casos de culpa anônima ou falta do serviço (*fault du service*). Por fim, chegou-se à fase atual de responsabilidade civil, classificada como objetiva, pautada na teoria do risco administrativo e na repartição dos encargos sociais.

⁸ ROIG, op. cit., p. 100-106.

Com fundamento na necessidade de o Estado assumir prerrogativas e tarefas diversas em relação aos cidadãos, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no Direito Público, com fundamento no artigo 37, §6º da CRFB/88⁹, não havendo mais a necessidade de demonstração de culpa. Deve-se tão somente demonstrar o fato administrativo, seja a conduta comissiva ou omissiva atribuída ao Poder Público, o dano causado e o nexo causal. Admite-se, para tanto, as causas excludentes de responsabilidade civil, posto rejeitada a teoria do risco integral.

O Supremo Tribunal Federal¹⁰ consignou que o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões. No entanto, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só estará caracterizado quando o Poder Público tiver o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não cumprir tal obrigação legal.

Assim, o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que ele tivesse obrigação legal específica de agir para impedir que o resultado danoso ocorresse. Trata-se da denominada "omissão específica" do Estado.

É importante destacar que a conduta omissiva específica diferencia-se da conduta omissiva genérica. Enquanto na omissão genérica (natural) há ausência de movimento ou comportamento físico, sem produção de qualquer resultado, na omissão normativa (específica), há o descumprimento de um dever jurídico. Portanto, é dentro da omissão específica que surge a necessidade do Estado responder de forma objetiva pelos danos sofridos pelos encarcerados no interior dos estabelecimentos prisionais.¹¹

Segundo o Supremo Tribunal Federal¹², há responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos detentos no caso de falta ou qualquer insuficiência de condições legais de encarceramento. Considera-se que é dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena mantenha os padrões mínimos de humanidade previsto no ordenamento jurídico, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral, na forma do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal¹³. Dessa forma, é de sua responsabilidade a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

¹⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 677139/PR*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 805.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

¹³ Idem, op. cit., nota 9.

causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

No ordenamento jurídico brasileiro, além da necessidade de respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios, há uma garantia constitucional de não submissão à tortura ou tratamento desumano ou degradante, consoante o artigo 5º, III, CRFB/88¹⁴. Ademais, o Governo Federal, por meio das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil (Resolução nº 14/94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça¹⁵), estabeleceu a necessidade de respeito à individualidade, integridade física e dignidade pessoa dos presos, além da necessidade de satisfazer exigências da higiene. Por fim, o Pacto San José da Costa Rica, em seu artigo 5º, prevê o direito à integridade pessoa, sendo que toda pessoa tem direito a que se seja respeitada sua integridade física, psíquica e moral¹⁶.

Ainda assim, o sistema prisional brasileiro vive uma grande crise. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconheceu que o sistema penitenciário vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”¹⁷, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, no que diz respeito à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária, os espaços carcerários reduzidos, a precariedade das instalações de presídios, além de ser uma inobservância da ordem jurídica vigente, configura tratamento ultrajante e indigno a pessoas que estão sob custódia do Estado. Diante da ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes há uma verdadeira falha estrutural que gera uma violação sistemática dos direitos dos presos, assim como uma perpetuação e agravamento da situação.

Cabe ainda ressaltar que não há como acolher o argumento do princípio da reserva do possível, difundida por Cass Sunstein e considerada como a teoria das “restrições das restrições”. Segundo este princípio, os recursos públicos são limitados e as necessidades ilimitadas, de forma que não há condições financeiras de o Estado atender a todas as demandas sociais. Contudo, salienta-se que o argumento de escassez de recursos como justificativa para não atender necessidades fundamentais não deve prevalecer sobre o mínimo existencial dos presos, pois há uma flagrante violação a dignidade humana. Este princípio, quando muito, só

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Idem. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. *Resolução nº 14*, de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

¹⁶ ROIG, op. cit., p. 588.

¹⁷ BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

pode servir de respaldo em ações judiciais nas quais está sendo pedida a implementação de direitos fundamentais prestacionais, especialmente direitos de natureza social, como a saúde e educação.

Todavia, neste caso, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, §6º, da CRFB/88¹⁸. Trata-se de dispositivo autoaplicável, portanto, de eficácia plena, que não depende de qualquer lei ou de outra providência administrativa para ser implementado. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

O sistema carcerário brasileiro produz uma violação generalizada de direitos humanos oriunda de da inércia e negligência do Poder Público, produzindo falhas estruturais e ferindo diversas garantias fundamentais dos encarcerados estabelecidas pela Constituição da República. A superlotação carcerária, bem como o tratamento degradante e indigno dos indivíduos que se encontram sob custódia, leva à condenação do Estado, como fruto do descumprimento de seu dever normativo, e garante o direito à indenização, à título de danos material e moral, de pessoas que se encontram submetidas ao regime do encarceramento desumano, em decorrência da omissão estatal específica na efetivação de direitos fundamentais.

3. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS OU ATIVISMO JUDICIAL?

Diante das decisões referidas ao longo do artigo, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e das reiteradas omissões estatais nos últimos anos, começou-se a observar uma tendência do Poder Judiciário em se imiscuir no papel atribuído aos Poderes Legislativo e Executivo. A Corte Constitucional passou a ser instada a se manifestar de forma mais intensa, para que pudesse garantir o efetivo cumprimento de políticas públicas. Nesse cenário, há quem entenda que tais intervenções são indevidas, de forma a violar a separação de poderes.

Historicamente, as bases da tripartição dos poderes foram criadas por Aristóteles, quando estabeleceu a existência de três poderes distintos: deliberativo, executivo e judiciário. Posteriormente, John Locke trouxe outra subdivisão, entendendo que havia o poder legislativo, executivo e federativo. Por fim, Barão de Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”, sedimentou que cada função é exercida por órgãos distintos, autônomos, independentes e harmônicos entre si, dividindo-os em poder legislativo, executivo e judiciário.

¹⁸ Idem, op. cit., nota 9.

A noção de repartição de poderes surge como forma de combater o Absolutismo, evitando a concentração de poder. De outro lado, possibilita a criação de mecanismos de fiscalização mútua entre todos os poderes, conforme o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). A divisão funcional de poder, portanto, além de conter os excessos de órgãos que compõem o aparelho do Estado, representa o princípio conservador das liberdades dos cidadãos e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias estabelecidos na Constituição.¹⁹

O legislador, o administrador e o juiz possuem uma responsabilidade no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, atribuindo a chamada “eficácia vertical”, pois constitui aos três Poderes, representando o Estado, a obrigação de tutelar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. É dessa forma que o juiz, diante da omissão dos demais agentes estatais pode prestar o mínimo garantido pelos direitos fundamentais, de forma direta ou imediata.²⁰

A atribuição de poderes que é dada ao Tribunal traz riscos que são lhe inerentes diante possibilidade de afetar a igualdade e equilíbrio em relação às demais funções do Estado. Com uma atuação mais enérgica, parte da doutrina entendeu que a Corte Constitucional estaria adentrando nas funções típicas dos demais poderes. Contudo, ressalta-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a atuação do Poder Judiciário, ao determinar a execução de políticas públicas para consecução de direitos fundamentais, não viola o princípio da separação de poderes, uma vez que a efetivação de direitos decorre do próprio princípio democrático.

Cabe destacar, ainda, a distinção feita entre a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial. A judicialização é uma forma do Judiciário atuar diante da ausência de qualquer outra alternativa. Já o ativismo judicial é em verdade uma forma de interpretação, com sentido de expansão sobre os demais poderes²¹:

a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao

¹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23.452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

²⁰ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na revolução da democracia*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 143.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Com isso, entende-se que a determinação de medidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, é uma atitude considerada como ativismo judicial e teve como fundamento a garantia de direitos fundamentais dos presos. Como se sabe, o Poder Judiciário detém o poder de controlar a constitucionalidade de atos do Poder legislativo e executivo, com o fim de proteção de garantias e das regras do jogo democrático. De fato, a Corte Constitucional possui importante papel contramajoritário em suas decisões, pois embora não seja eleito, detém um caráter representativo. Logo, a intervenção do Judiciário em casos pontuais se dá em favor da democracia e não contra²².

A decisão que confirmou o “Estado de Coisas Inconstitucional”, surgido na Corte Constitucional Colombiana, é exemplo típico de aplicação do direito comparado como método de solução de conflitos que envolvam os direitos humanos, como uma forma de “fertilização cruzada” ou *cross-fertilization*. O Supremo Tribunal Federal determinou aos juízes e tribunais que lançassem a motivação pela não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, implementassem em até noventa dias as audiências de custódia, considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento das cautelares penais e estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, entre outras. Perceba-se que as principais medidas são destinadas exclusivamente aos juízes e tribunais, de forma que não podem ser implementadas pelos demais Poderes.

Tal decisão, contudo, não foi imune à críticas. A doutrina reagiu de forma contundente à decisão do Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque de se ter caracterizado ativismo judicial. Nesse sentido, há uma crítica interessante trazida por Lênio Streck, que embora aceite o papel garantidor do Judiciário no cumprimento das leis, entende que o objeto do controle de constitucionalidade são as normas jurídicas e não a realidade empírica sob a qual incidem²³:

o STF corre o risco de se meter em um terreno pantanoso e arranhar a sua imagem. Isto porque, ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar álibis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não

²² Ibid.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *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: 30 mar. 2019.

perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo ad hoc.

Para cada um dos Poderes existem atribuições típicas e atípicas. A ideia de ativismo judicial nada mais é do que a participação do Poder Judiciário na concretização dos valores promovidos pela Constituição Federal, de forma que, conseqüentemente, intervém na esfera de atuação dos demais Poderes. A Carta Constitucional, inclusive, permite tal fiscalização de um poder pelo outro, uma vez que são independentes e harmônicos entre si, conforme dispõe o artigo 2º, da CRFB/88.²⁴

Enquanto existe de um lado o ativismo judicial, do outro há a chamada “autocontenção judicial” (*self restraint*), na qual há uma redução da atuação do Poder Judiciário na esfera dos demais Poderes. Nesses casos evita-se aplicar diretamente a Constituição às situações que não sejam do seu âmbito de atribuição expressa, utilizando critérios rígidos e conservadores, abstendo-se de interferir na definição de políticas públicas. Assim, restringe-se a incidência da Constituição em relação às instâncias que são tipicamente políticas²⁵.

Percebe-se que o ativismo judicial é necessário para atender as demandas da sociedade. A atuação ativa e expansiva no que diz respeito à interpretação da Constituição é uma forma de perpassar a inércia dos poderes majoritários, mas desde que atuem dentro dos limites do ordenamento jurídico²⁶:

uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Portanto, o Poder Judiciário detém o papel fundamental de ser o guardião da Constituição da República, conforme o próprio artigo 102, *caput*, da CFRB/88²⁷, e dessa forma deve promover os direitos ali inseridos, inclusive se for em face dos demais poderes. Sendo respeitados os limites estabelecidos de motivação idônea, justiça, razoabilidade e proporcionalidade, é seu dever e não apenas faculdade, atuar em seu legítimo papel contramajoritário e resguardar quaisquer direitos que não estão sendo objeto de tutela.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁵ BARROSO, op. cit., nota 21.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa científica constatou, como problemática principal, a constante atuação do Poder Judiciário como forma de garantir direitos fundamentais. Por meio da doutrina e jurisprudência revelou-se um papel ativo da Corte Constitucional no cenário atual do sistema carcerário brasileiro.

Por meio da decisão histórica na ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” e determinou medidas que foram criticadas por operadores do Direito. Contudo, verificou-se que tal atuação foi necessária diante da omissão generalizada do Poder Público.

As penitenciárias brasileiras originam graves violações aos direitos dos presos, razão pela qual foi necessária uma atuação mais enérgica e contundente. Trata-se de um problema estrutural, que envolve vários agentes e órgãos do Estado, de forma que as decisões do Supremo Tribunal Federal não podem ser pontuais.

Nesta toada, surge a responsabilidade por omissão, principalmente do Poder Executivo, em executar políticas públicas direcionadas à solucionar o problema da superlotação carcerária e todas as suas consequências. Conforme aponta a doutrina especializada no tema, a responsabilidade possui por fundamento uma omissão específica, que gera uma responsabilidade objetiva, independente de demonstração de culpa.

Diante de todas as problemáticas que circundam a grave e atual situação dos presídios brasileiros, surge a discussão sobre o papel do Poder Judiciário e a configuração do ativismo judicial. A Corte Constitucional buscou, por meio das últimas decisões em relação aos presídios brasileiros, dar efetividade aos direitos dos presos, sendo constatado que o ativismo foi necessário para concretizar medidas públicas ineficazes.

Contudo, o ativismo judicial não se confunde com a mera judicialização de políticas públicas. Com um quadro generalizado de violações à direitos fundamentais, o ativismo revela-se como uma alternativa, mesmo que temporária, para solucionar o problema. Ademais, mesmo para que sejam concretizadas e implementadas, deve haver a atuação, ao mesmo tempo, de todos os Poderes.

Apesar de haver críticas quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, diante da alegação de violação à separação dos poderes, ficou evidente que foram atuações necessárias diante de violações constantes e generalizadas. As suas decisões, em controle concentrado de constitucionalidade, possuem efeito erga omnes e eficácia vinculante, e por isso recebem maior importância e influenciam mais significativamente os demais Poderes.

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, deve efetivar direitos fundamentais, o que ganha maior importância diante da omissão dos demais Poderes da República. Portanto, a sua atuação, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, é válida e dotada de legitimidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. *Resolução nº 14*, de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 346/DF*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D307146003%26tipoApp%3D.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 592.591*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 677.139*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário*. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/encarceramento-2.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

MENGARDO, Bárbara. *Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário? Especialistas divergem ao responder a questão*. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-13012017>>. Acesso em: 23 set. 2018.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na revolução da democracia*. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROIG, Rodrigo. *Execução penal: Teoria crítica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. *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: 30 mar. 2019.