

ATIVISMO JUDICIAL, DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS DOS SEGREGADOS À LUZ DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

JUDICIAL ACTIVISM, PERSONALITY RIGHTS AND THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF SECRETS IN THE LIGHT OF THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS

Dirceu Pereira Siqueira¹
Fernanda Corrêa Pavesi Lara²
Henriqueta Fernanda C. A. F. Lima³

RESUMO

O princípio da separação dos poderes foi erigido à condição cláusula pétrea e representa um dos meios à concretização do Estado Democrático de Direito, de modo que, após a Constituição Federal de 1988, com a ampliação de direitos, o Poder Judiciário passa a assumir papel mais ativo com o fito de concretizar direitos fundamentais nela dispostos, na maioria das vezes não observado pelos demais poderes, levando a debates quanto à legitimidade democrática de tal atuação por alguns nominada de judicialização da política ou ativismo judicial. Assim, partindo da premissa de que o texto constitucional de 1988 detém força normativa e irradia seus comandos a todo o ordenamento jurídico, bem como da perspectiva do neoconstitucionalismo, da amplitude conceitual da norma jurídica em que os princípios passam a integrá-lo e do “estado de coisas inconstitucional” (ECI), investigar-se os direitos da personalidade dos presos no Brasil. Buscar-se discutir até que ponto o “estado de coisas inconstitucional”, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, detém capacidade de promover e proteger os direitos humanos, sobretudo quanto à separação dos poderes, dando ênfase no contexto do sistema prisional do Brasil que passa por crise e merece ser estudada com afinco. Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo e de pesquisa teórica, tomando como base revisão bibliográfica e dados estatísticos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2018 onde se depreende a condição de vulnerabilidade que os segregados se encontram,

¹Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State – EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Email: dirceu.siqueira@unicesumar.edu.br

²Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar – UniCesumar. Professora adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Maringá. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Advogada. Email: pavesi@pucpr.br

³Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – Unicesumar – e juíza de Direito do Estado de Mato Grosso. Email: henriqueta.lima@tjmt.jus.br

exurgindo a intervenção do Poder Judiciário como mitigador e/ou garantidor dos preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Direitos dos presos; Omissão estatal; Vulnerabilidade; Ativismo Judicial e Estado das Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

The principle of separation of powers has been erected to the stone clause condition and represents one of the means for the realization of the Democratic Rule of Law, so that after the Federal Constitution of 1988, with the expansion of rights, the judiciary becomes more active with the aim of realizing fundamental rights provided for in it, most often not observed by the other powers, leading to debates about the democratic legitimacy of such action by some called judicialization of policy or judicial activism. Thus, starting from the premise that the 1988 constitutional text has normative force and radiates its commands to the entire legal system, as well as from the perspective of neoconstitutionalism, the conceptual breadth of the legal norm in which the principles come to integrate it and the “unconstitutional state of affairs” (ECI), to investigate the personality rights of prisoners in Brazil. The aim is to discuss to what extent the “unconstitutional state of affairs” used by the Supreme Federal Court (STF) in the Fundamental Precedence Arrangement (ADPF) No. 347, has the capacity to promote and protect human rights, especially regarding separation. emphasizing the context of Brazil's prison system, which is undergoing crisis and deserves to be studied carefully. To this end, it will use the deductive method and theoretical research, based on bibliographic review and statistical data released by the National Council of Justice (CNJ) of 2018 which shows the condition of vulnerability that the segregated are, exurgindo the intervention by the judiciary as a mitigator and / or guarantor of constitutional precepts.

Keywords: Rights of prisoners; State omission; Vulnerability; Judicial Activism and Unconstitutional State of Things.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 erigiu a separação dos poderes como cláusula pétrea, considerando-a como essencial à concretização do Estado Democrático de Direito. Com o mesmo desiderato, a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, de modo que erradia seus efeitos sobre as relações jurídicas, tutelando direitos como à saúde e à integridade física e psicológica, tratando-os como direitos fundamentais e da personalidade, os quais são extensíveis a todos os seres humanos, ainda os que estão com sua liberdade ambulatorial mitigada por prática de crime.

É dentro desse contexto que o presente estudo se propõe a investigar, tomando como pano de fundo o “Estado de coisas inconstitucional” (ECI), fenômeno de origem americana, mas utilizado emblematicamente na Colômbia, em 1997, em situação de crise institucional como meio de suprimir ou mitigar a ausência de atuação do Poder Executivo na concretização dos direitos previdenciários de trabalhadores, o papel do Estado-Juiz na tutela de direitos da personalidade dos presos no Brasil, discutindo se se trata de mero cumprimento de função constitucional ou de deturpação, analisando as posições favoráveis e contrárias.

Num primeiro momento, proceder-se a breve retrospecto histórico do nascedouro do Estado Democrático de Direito, analisando-se a lógica da separação dos poderes e dos direitos fundamentais, tomando como marco a Petição de Direitos de 1628, ante sua relevância ao tema, até o desembocar do neoconstitucionalismo, em que no século XX, a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos, e o conceito de norma transcende o de regra, incorporando fundamento axiológico, qual seja, o princípio.

Em seguida, demonstrar-se-á, adotando como premissa que o exercício da jurisdição constitucional detém relação imbricada com a ideia de supremacia judicial, as controvérsias envolvendo a questão da judicialização da política ou ativismo judicial assume papel de destaque no cenário acadêmico. Ainda se abordará o debate doutrinária quanto ao conceito e à legitimação democrática.

Ao final, procedendo-se à correlação entre a atuação do Poder Judiciário e o uso do “Estado de coisa inconstitucional”, analisar-se-á a decisão proferida pelo STF, na ADPF 347, destacando alguns votos, enfatizando o contexto de propositura da demanda – a busca de garantia do mínimo existencial aos segregados nas unidades prisionais no país ante o cenário de grave violação aos direitos da personalidade – com o fito de responder à seguinte indagação: à luz do Estado de coisas inconstitucionais é possível se legitimar democraticamente a atuação do Estado-Juiz na tutela dos direitos da personalidade dos segregados?

Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo e de pesquisa teórica, tomando como base revisão bibliográfica e dados estatísticos divulgados pelo CNJ de 2018 donde se depreende a condição de vulnerabilidade que os segregados se encontram, exurgindo a intervenção do Poder Judiciário como mitigador e/ou garantidor dos preceitos constitucionais, inclusive, direitos da personalidade.

1 Direitos Fundamentais e o Neoconstitucionalismo: relação imbricada

1.1. Contextualizando historicamente os direitos fundamentais

Procedendo-se à breve retrospecto histórico acerca dos direitos fundamentais, Zulmar Fachin (2019) assinala que, em 1628 com a Petição de Direitos, produto de embate entre o rei o Parlamento, donde restou sedimentado que ninguém mais poderia ser julgado pelo monarca, mas por seus pares, apontando como sendo a origem do nosso Tribunal do Júri e do Poder Judiciário, da separação dos poderes do século XVIII.

Destacou o referido autor, que esse último foi formalizado, em 1789, com a Declaração de direitos do homem e do cidadão, com o rompimento do absolutismo, fruto da Revolução Francesa (1779), onde o pensamento burguês predominou e os direitos fundamentais, como a vida, passa a se sobrepor, por exemplo, à propriedade privada.

A relevância da Constituição Francesa ao tema “separação dos poderes e direitos fundamentais” é tamanha, eis que a Constituição surge com precípuo papel de limitar o poder e de disciplinar os direitos individuais, sob pena de perder sua essência por ser a materialização da vontade de uma nação, como assinalado por Sieyey e disposto em seu art.16⁴. Nesse sentido, assinalando a importância da Constituição à concretização do mínimo existencial, materializados em direitos fundamentais, inserindo dentro da lógica do Estado de Bem-Estar Social, Paulo Lobo leciona que:

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil. (1999, p.102)

Na lição do constitucionalista José Afonso da Silva (2002, p.119), o Estado de Direito se caracteriza pela integração do respeito e efetivação dos direitos individuais, submissão à lei e separação dos poderes; enquanto que o Estado Democrático se funda na soberania popular e na efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana. Da junção desses elementos, tem-se a figura do “Estado Democrático de Direito”, previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988.

A separação dos poderes foi erigida, no ordenamento jurídico pátrio, à condição de cláusula pétreia (art.60,§4º, Carta Magna de 1988), o que demonstra a preocupação do legislador constituinte com o exercício independente e harmônico entre os poderes e sua relação com a concretização de Estado que se propões Democrático de Direito. Da mesma

⁴“Art. 16. Toda Sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação de Poderes é determinada, não possui Constituição alguma.” [tradução livre]

forma, o tratamento dispendido aos direitos fundamentais que se revelou marco evolutivo no constitucionalismo brasileiro. Nesse sentido:

A Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduce indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. (PIOVESAN, Flávia. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 02 dez.2019)

Ratificando a importância da Constituição ao Estado, insurgindo-se contra a visão de Ferdinand Lassalle para quem aquela era produto, numa perspectiva marxista, “*da soma dos fatores do poder*”, isto é, estava a eles subordinada, nasce a visão de Konrad Hesse que deu dignidade à Constituição, defendendo sua força normativa e, por consectário lógico, seu efeito irradiador e modular a todo o ordenamento jurídico.

(...) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (WillezurMacht), mas também a vontade de Constituição (WillezurVerfassung). (HESSE, 1991, p.12)

Daí, falar de Constituição é cuidar da materialização da atuação de Poder Constituinte originário e, logo, de democracia em que a separação dos poderes se revela como consequência e o Poder Judiciário, como defendido por Antoine GARAPON (1996), como o “guardador de promessas”, ou seja, salvador do Estado Democrático de Direito.

Assim, passemos à análise do neoconstitucionalismo e sua relação com a tutela dos direitos fundamentais ou da personalidade – aqui adotando a visão de Gustavo Tepedino para quem não há que falar em dicotomia entre direito público e privado e, logo, ambos direitos são sinônimos, só distinguindo para fins práticos.

1.2 Neoconstitucionalismo e a tutela dos direitos da personalidade

Na perspectiva do juspositivismo, tão defendido por Ronald Dworkin e Robert Alexy, o conceito de norma, longe de ser sinônimo de regra, traz os princípios como integrante, de modo que o Direito, enquanto ciência, passa a admitir no seu bojo carga axiológica dantes não aceita. Não menos verdade que a Constituição Federal de 1988, mais do que nunca, passa a irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico e o princípio da dignidade da pessoa humana assume papel essencial, permeando não só a relação entre Estado e particulares (eficácia vertical), como entre particulares (eficácia horizontal), sendo intitulado como “princípio jurídico fundamental” por Canotilho (1999, p.1.090).

Acerca do mencionado princípio, em trabalho magistral, Ingo Wolfgang Sarlet, após extenso estudo, inclusive fazendo retrospecto filosófico, define a dignidade da pessoa humana como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.(2001, p. 60).

Na mesma toada de Gustavo Tepedino (2004), a civilista Maria Celina Bodin de Moraes (2008), em clara vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, e, por conseguinte, com os direitos da personalidade, assinalou que:

No direito brasileiro, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam.

Assim, em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações que, portanto, não pode ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário. (Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso: 02dez.2019).

Cumprido assinalar que a força normativa da constituição foi a primeira mudança paradigmática para o neoconstitucionalismo em que no século XX a Constituição é reconhecidamente texto importante a que o Estado deve observar, como destacado por Bruno Aguiar dos Santos (2017).

De Barroso a Streck, no Brasil, de Sanchís a Pozzolo, na Europa, aqui é um local de congruência. Tanto o é que eis aqui a última concordância da diminuta pesquisa, até agora, com a obra de Barroso. Este delimita, precisamente, o marco histórico do neoconstitucionalismo no mundo como o constitucionalismo do pós- guerra e o no Brasil a partir da Constituição de 1988, em BARROSO, Luís Roberto.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p.191), defensor da judicialização e um dos principais expoentes no Brasil, assinala que:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, e não o ódio, o contrário do amor.

Nessa senda, vê-se relação estreita entre a separação dos poderes - não numa perspectiva de não comunicação entre Judiciário, Legislativo e Executivo, mas de inter-relação harmônica – e a concretização dos direitos e garantias fundamentais, de modo que, muitas vezes, a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas detém fundamento constitucional, falando-se do fenômeno da “judicialização da política”, passemos a estudar tal relação.

2 O “estado de coisa inconstitucional” e ativismo judicial

2.1 Nuances do ativismo judicial ou judicialização da política

Antes de adentrar na questão do ativismo judicial, proceder-se-á a paralelo entre a visão de dois clássicos da Ciência Política, Carl Schmitt e Ronald Dworkin, os quais, conquanto tenham atuado em momentos históricos distintos e visões quanto ao papel do Poder Judiciário diferentes, ambos reconhecem a relação desse poder à concretização de direitos.

Carl Schmitt, em “*O conceito do político*”, numa clara demonstração do momento histórico que viveu e do cargo ocupado no governo nazista, associa o político ao que é dito pelo Poder Executivo, poder soberano e superior aos demais poderes. O Judiciário e o Legislativo, simplesmente, estavam subordinados ao que o Presidente do Reich determinava. O Estado era voltado para se defender da intervenção dos inimigos, ou seja, dos que pensavam em se insurgir contra o determinado por ele. Em continuidade a essa visão absolutista e restritiva dos demais poderes, Schmitt elabora o conceito político da Constituição (para que ele essa não passava de “*uma decisão política fundamental*”) e nega a

existência de um Tribunal guardião da Constituição, já que defende ser do Executivo tal atribuição.

Após, a II Guerra Mundial, com o surgimento do mencionado Novo Constitucionalismo, a visão de Schmitt de que a revisão da legalidade dos estatutos incumbiria ao Executivo, é rompida e se passa a defender a figura da Corte Constitucional como “guardiã” e que todos os poderes estariam subordinados à Constituição, fundamento de validade de todo o ordenamento, perspectiva essa surgida do famoso debate entre Hans Kelsen e Schmitt.

Um dos expoentes do neoconstitucionalismo, Ronald Dworkin, em “*O império do Direito*”, estuda a força dos precedentes de jurisprudência, a criatividade do juiz ao julgar os casos concretos; e em “*Uma questão de princípio*” em que mais claramente reconhece que o Poder Judiciário, ao fazer revisão judicial, pode invocar os princípios e decidir diferentemente do previsto na regra, com o fim de maior efetividade ao direito, aproximando-o dos interesses sociais.

Entrementes haja debate e certa dificuldade teórica em se precisar o nascedouro da judicialização da política, para maioria, tem-se que é uma das faces do neoconstitucionalismo, processo histórico que se iniciou na Europa Ocidental a partir da II Guerra Mundial, que no Brasil tem como um dos defensores o Ministro Luis Roberto Barroso.

Apontando a impropriedade em se utilizar os termos “ativismo” e “restrição” da atuação do Julgador, EASTERBROOK (2002,p.1401), assinalou que

Todos desprezam o "ativismo" judicial, essa expressão notoriamente escorregadia. Iniciou como a antítese da "restrição judicial", o que também tem sido difícil de definir. Mas, se "restrição" é bom, então "ativismo" deve ser ruim. Quando liberais estão ascendendo à Suprema Corte, conservadores pregam restrição e denunciam ativismo. Isso significa que querem que os ministros liberais sigam as decisões de ontem, ao invés de empreender análises independentes, que podem levar a conclusões distintas. Quando conservadores estão ascendendo à corte, liberais pregam restrição - pelo que significa seguir todas aquelas decisões liberais do ciclo anterior! - e denunciam "ativismo judicial conservador". A expressão "ativismo" assim utilizada é vazia, uma máscara para uma posição substantiva.

Ao contrário da visão supra em que a atuação do Poder Judiciário na política se justifica e se funda na própria tutela dos direitos constitucionalmente garantidos e vítimas da omissão dos demais poderes, para alguns teóricos, como Luiz Lênio Streck, esse processo de expansão da atuação do Judiciário em assuntos políticos se confunde com ativismo judicial e representaria o rompimento com a teoria da separação dos poderes.

Ao cuidar do problema terminológico do ativismo, Bruno Calife dos Santos (2019,p.48/49), associando-o à mudança de postura do Poder Judiciário frente à ampliação de direitos e à insuficiência do método tradicional de interpretação pautado na subsunção pura e simples, destaca que Mauro Capelletti, em sua obra “ Juízes Legisladores?”, no século XIX, ao se referir à atividade criativa do julgador chamou de “direito judiciário” e que a dificuldade conceitual decorre da visão procedimentalista segundo a qual o princípio da inercia judicial é garantia fundamental, inclusive com previsão internacional (art.8º da Convenção Americana de Direitos Humanos) e como tal não pode ser desrespeitada.

A judicialização da política ou politização da justiça não detém um conceito único: ora é sinônimo de expansão do Poder Judiciário em assuntos até então fora de sua esfera de atuação, dentro da separação clássica dos poderes quando da elaboração das políticas públicas; ora quando de sua implementação. Algumas teorias surgem com o fito de explicar tal fenômeno: numa perspectiva substancialista, o magistrado assume papel ativo nas questões sociais; na procedimentalista, o Estado deve oferecer meios propulsores da participação popular na construção de sociedade democrática, tais como a ADIN, ADPF.

É certo que, no Brasil, observa-se tanto um ativismo judicial, como a presença de instrumentos de otimização da participação popular, sendo ainda incipiente o conhecimento sobre as instituições e práticas judiciais, exigindo “ (...) *uma massa de pesquisas e de análises mais sistemáticas para elaborar diagnósticos generalizantes sobre o seu papel na dinâmica democrática brasileira.*”, como lecciona Ernani Carvalho Filho (2007).

Destaca Bruno Calife dos Santos (2019, p.49-50) a busca doutrinária de não se tratar como sinônimo “ativismo judicial” e “judicialização da política”, bem como da expressão “jurisdicização constitucional”, embora alguns autores tratem como termos distintos para mesmo fenômeno. Enquanto o ativismo se refere à atuação do Judiciário para além dos poderes lhe atribuído pela Constituição Federal, fenômeno violador da separação dos poderes e ao caráter majoritário da democracia, como assinalado por PARINI E WILLIAM P. MARSHAL (2002, p104) e MENDES (2011, p.95/97); a judicialização da política à postura processual do judiciário em decidir sobre política pública e a jurisdicização constitucional, ao exercício da política pelos julgadores ao proceder ao controle de constitucionalidade das leis e à concretização das normas programáticas.

Assinalando os fundamentos a tal atuação do Poder Judiciário no Brasil, Bruno Califedos Santos destaca que:

(...) ao deitar as bases do neoconstitucionalismo no Brasil, sua recepção no contexto nacional, suas bases teóricas atreladas às vertentes pós positivista, no impulso social

gerado pela descrença no legislativo, assim como as críticas sobre essa postura dogmática, além da obsessão com a interpretação judicial da constituição e da democratização do próprio controle de constitucionalidade afirma estar presente no sistema brasileiro uma postura ativista do Judiciário.(2019,p.47).

Na mesma toada, Flávia Piovesan:

Percebe-se que a mentalidade do Judiciário brasileiro está demasiada e profundamente dominada pelas tarefas tradicionais da justiça civil e penal, o que encerra dificuldades para uma mudança de postura, necessária para a interpretação e aplicação de leis promocionais, orientadas ao futuro³⁷. Aguarda-se uma maior participação do Poder Judiciário para a construção da sociedade de bem-estar, com maior sensibilidade às finalidades sociais, tipicamente perseguidas pelo welfare state. Tal mentalidade revela ainda a forte resistência da cultura jurídica nacional em conceber os direitos sociais, econômicos e culturais como verdadeiros direitos fundamentais. A implementação dos direitos sociais exige do Judiciário uma nova lógica, que afaste o argumento de que a "separação dos poderes" não permite um controle jurisdicional da atividade governamental. Essa argumentação traz o perigo de inviabilizar políticas públicas, resguardando o manto da discricionariedade administrativa. (Disponível

em:<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>.

Acesso em: 02 dez.2019)

Ora, se no Estado Liberal o caráter político da jurisdição era mitigado, no Social era exacerbado, no Estado Neoliberal tem-se a busca pelo equilíbrio, tem-se o ativismo judicial ou judicilização da política esse tão criticado por muitos ante o debate quanto a sua legitimidade democrática, como Lênio Luiz Streck.

(...) o Poder Judiciário aparece como instituição responsável pela resolução de conflitos e pela possibilidade de tutela dos mais variados interesses. Essa atuação, embora um tanto quanto restrita inicialmente, passou a ser mais explícita no momento em que esse mesmo Estado sofre uma nova conformação em seu perfil institucional pelo afluxo de outras espécies e garantias alçadas ao mesmo patamar daquelas usualmente classificadas como direitos de primeira dimensão. (apud SANTOS, 2019, p.45).

Vê-se que a ampliação de direitos fundamentais (plano vertical) ou direitos da personalidade (plano vertical) exige atuação mais ativa do Poder Judiciário seja na perspectiva do direito substancial, quer procedimental, como assinalado por Marinoni (2010, p.138/154).

Defendendo que os direitos fundamentais se sobrepõem ao incondicionado Poder Constituinte originário, ante o reconhecimento de que a pessoa humana é mais importante do que o Estado, fato esse materializado com a Carta da ONU de 1945, afirma que “(...) *um direito fundamental, considerado cláusula pétrea e pertencente ao bloco dos direitos comuns a todas as sociedades, não pode ser revogado nem mesmo por obra do poder constituinte originário.*” (FACHIN, 2019, p.238). Sustenta, ainda, que:

O constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico. A escolha refletiu a prevalência da concepção humanista, que permeia todo o texto constitucional. A dignidade da pessoa humana é o valor fundante do Estado

brasileiro (art.1º, inciso III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso ou implícito, em todas as partes da Constituição.” (FACHIN, 2019, p.208).

O caráter irradiante da dignidade da pessoa humana fundamenta, muitas vezes, justifica essa nova postura interpretativa do Poder Judiciária, chamada de ativismo judicial ou judicialização da política, que, embora objeto de muitas críticas, é defendida por alguns, tais como: André Ramos Tavares, Roberto Alexy, Luís Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

Em “A rebelião da toga”, José Renato Nalini defende atuação rebelde dos juízes que são incumbidos de atender aos anseios sociais, interpretando e aplicando as leis sem perder o referencial constitucional, destacando que “(...) *A rebelião do juiz não é uma revolta corporativista. (...) A rebelião é nova postura hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficiência do farto instrumental jurídico para resolver as questões humanas.*”(2015, p.320).

Continua o autor:

O juiz sensível e destemido não pode senão ser rebelde. Ele tem uma antena permanentemente atenta às infelicidades, às angustias e sofrimentos. Tem consciência da finitude de seus poderes. Mas não ignora dispor de um arsenal de ferramentas para mitigar as dores de quem está faminto por justiça. É incomensurável o poder de um juiz consciente, forte e corajoso. Ele tem condições de conferir nova trajetória à sociedade aparentemente sem rumo. Basta compenetrar-se de que a tarefa mais seria de um julgador é interpretar o ordenamento à luz de uma Constituição que acreditou e prestigiou o juiz e a justiça. (NALINI, 2015, p.321)

Atualmente, tem-se vários exemplos em o Poder Judiciário é instado a se manifestar ante a violação a direitos fundamentais por omissão do próprio poder público, sendo o argumento da separação dos poderes o basilar utilizado à contestação para tal intervenção, como restará demonstrado mais adiante. Nessa toada, Nalini leciona que:

O Judiciário é o poder naturalmente encarregado de cumprir essa missão de concretizar, densificar e realizar praticamente as mensagens normativas da Constituição. (...) Além de todos os direitos fundamentais assegurados na Constituição dependerem do Judiciário para sua efetiva concretização, a exata compreensão do papel dos princípios fará com que o juiz possa implementar todas as mensagens normativas da Carta. (2015, p.334-335).

Decerto que o papel precípua dos poderes é concretizar os preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, daí a legitimação do Poder Judiciário para intervir na política, sem ser política, contudo, não pode tal exercício ser ilimitado e irresponsável.

Parafrazeando a alegoria construída por Dworkin, a prática das políticas públicas deve ser como um ‘romance em cadeia’, escrito em vários capítulos, em épocas diferentes (2004, p.275 e ss.), de modo a compor uma história linear, ainda que com mudanças de personagens e de enredos, tudo com criatividade capaz de acompanhar às novas realidades, mas sem romper com a integridade do Direito.(Ó, 2019, p.183-184).

Nesse diapasão, passa-se a analisar a viabilidade constitucional da teoria do estado de coisas inconstitucionais no direito pátrio, tomando como base a ADPF 347.

2.2 O “Estado de Coisas Inconstitucionais” e a tutela dos direitos fundamentais dos presos no Brasil

Em julgado emblemático de reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, de origem americana, a *Sentencia de Unificación* - SU 559, datado de 6/11/1997, na Colômbia, decorrente de demanda aviada por vários professores que tiveram seus direitos previdenciários violados pelas autoridades públicas, buscando sentença estrutural, ou seja, que determinasse às autoridades envolvidas à superação do quadro de inconstitucionalidades em prazo razoável, como assim o fez a Corte Constitucional Colombiana, é, para alguns (Garavito e Campos) ativismo autorizado e com base na Constituição Federal ante a falha estrutural, violadora de direitos fundamentais; para outros, como Luis Lênio Streck, seria nova forma de ativismo judicial em que o subjetivismo das decisões seria uma notória.

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 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. (2015).

No mesmo sentido, Nelson Matos assinala que:

Se o argumento é que o Supremo Tribunal Federal (ou a suprema corte) é legítimo para controlar as ações dos outros, que é um bom argumento da imparcialidade, quem controlará as ações do Supremo?; agregado à ideia de que aquele que controla não age apenas negativamente, obstruindo as ações dos outros, mas tem se tornando mais frequente a ideia de que age prescritivamente determinando como os outros órgãos devem agir. (2012).

Na lição de Carlos Campos, na toada de Garavito, a atuação do Judiciário, nesses casos, justifica-se ante a omissão estatal e a violação de direitos fundamentais, de modo que visa a “desbloqueio institucional”, apontando que o ECI seria espécie de “ativismo dialógico”. Nesse sentido:

Mediante ordens flexíveis, nas quais não conta a formulação direta das políticas públicas necessárias, o Tribunal visa catalisar a atuação dos outros poderes, superar os bloqueios políticos e institucionais que perpetuam e agravam as violações de direitos. A Corte não desenhará as políticas públicas e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive que tomem novas decisões orçamentárias, limitando-se a estabelecer parâmetros objetivos e, não raramente, prazos. (2015, p. 299).

Para Dirley da Cunha Junior (2015), quanto aos requisitos ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais, mister a violação grave, constante e geral a direitos fundamentais, afetando número indeterminado de pessoas; omissão estatal reiterada para evitar ou superar a violação; número amplo e indeterminado de pessoas; solução a ser adotada de modo conjunto por todos os órgãos envolvidos, sendo a decisão do Tribunal direcionada a todos e de caráter estrutural, ou seja, com o fito de implantação ou elaboração de políticas públicas.

Transportando o instituto para a realidade carcerária brasileira em que a reiteração de violação de direitos fundamentais básicos dos presos (ex vi art.1º, III; art.4º,II;art.5º, incisos III e XLIX e §1º, CF/88 e arts.40 e 41 da Lei de Execução Penal⁵) é notória, o que exige do Poder Judiciário posição enérgica, traz-se à baila a ementa do julgamento da liminar da ADPF nº 347 do Supremo Tribunal Federal em que o “estado de coisas inconstitucional” foi aplicado.

⁵“Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana;”

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos;

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

“Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais,intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

Apenas para situar, a referida ação foi proposta pelo o Partido Socialismo e Liberdade, pugnando pelo reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária, bem como que fossem as autoridades envolvidas obrigadas a adotarem diversas providências nesse talante.

Depreendeu-se da liminar que, diante das falhas estruturais e das políticas públicas, o cenário do sistema carcerário brasileiro está caótico, com violações extremas aos direitos da personalidade dos presos, de modo que dois comandos estruturais foram determinados: a liberação de verba do Fundo Penitenciário, sem qualquer ressalta, proibindo novos contingenciamentos, e a realização das audiências de custódia com o fito de que os magistrados, tão logo tomem ciência de prisão, realize audiência para verificar eventuais praticas violadoras da integridade física, moral e psicológica por parte da autoridade que realizou a segregação, além da necessidade de manutenção da prisão.

Urge ainda mencionar que, consoante reconhecido pelo Relator Ministro Marco Aurélio, no julgado acima, estar-se vivendo um "Estado de Coisas Inconstitucional", em razão de sucessivas falhas de gestão e planejamento do sistema penitenciário em que não se prioriza a manutenção, reforma e construção de Cadeias e Penitenciárias, o que acarreta na prolongada e injustificada submissão dos reclusos a condições desumanas e insalubres.

Ao reconhecer o direito à vida digna aos que estão privados de liberdade, o Ministro Alexandre de Moraes a conceituou como

(...) um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.(...) (2002, p.128).

Conquanto a pessoa segregada detenha, em razão de conduta penalmente típica, sua liberdade mitigada, não se pode descurar que tem o direito irrenunciável de ser respeitada enquanto pessoa, não só quanto aos valores espirituais e morais, mas também quanto à forma em que a medida extrema de supressão da liberdade ambulatorial.

Com o julgado da ADPF 347, pelo STF, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, o debate quanto à viabilidade o ECI no Brasil foi instigado, tendo dos doutrinadores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo insurgindo-se contra, sob a alegação de que a Corte não detém legitimidade para impor ao Executivo políticas públicas, que pode simplesmente não cumprir a referida decisão, bem como que a fluidez da “coisa chamada *ECI*”, podendo ser aplicada em qualquer situação, afeta a segurança jurídica, otimizando o cenário de arbitrariedades perpetradas pelo Poder Judiciário. Na mesma toada quanto a não legitimidade democrática, a arbitrariedade e à afronta à separação dos poderes, Lênio Streck também se manifestou contrariamente ao ECI, alegando ser mais um meio do nefasto ativismo judicial.

Em defesa, Carlos Alexandre de Azevedo Campos destacou que, quando do julgado pela Corte Constitucional da Colômbia, aplicando o ECI, restaram assentados os três pressupostos para tanto, quais sejam: no *plano dos fatos*, em que há violação maciça e manifesta de direitos fundamentais; no *plano dos fatores*, onde a inconstitucionalidade decorre de ação ou omissão estatal sistêmica; e no *plano dos remédios*, em que, ante o caráter estrutural, sistêmico das falhas, impactando diretamente nas políticas públicas, mister pluralidade de medidas de todos os órgãos envolvidos (2015).

Conquanto se respeite às críticas acima e as compreenda ante o cenário atual de excesso de judicialização, entende-se que não se pode negar que andou bem a Suprema Corte ao aplicar o ECI na ADPF 347 ante a presença dos requisitos autorizados e a necessidade premente de intervenção do Poder Judiciário na problemática do sistema carcerário brasileiro, servindo tal decisão, inclusive, para fins pedagógicos, como assinalado na oportunidade pelo ministro Luiz Fux. Tanto o ministro Ricardo Lewandowski, quanto a ministra Carmen Lúcia foram incisivos em reconhecer o “estado de coisas inconstitucional”, destacando se tratar de

interferência legítima do Poder Judiciária ante a grave violação estrutural de direitos fundamentais dos presos.

Decerto que não tem a visão ilusória que tal decisão é mágica e que o complexo problema foi solucionado. Entrementes, indiscutível que os comandos estruturantes nela insertos vem minimizar a violação dos direitos humanos, fundamentais, da personalidade dos segregados, chamando a atenção das autoridades oficiais para atuação mais enérgica.

Nessa senda, tem-se que o cenário atual do sistema prisional brasileiro, caracterizado pela superlotação e por condições estruturais insalubres, acaba não só por não assegurar aos presos o mínimo existencial, violando direitos da personalidade, logo, a dignidade humana. De modo que acertada a decisão exarada pelo STF na ADPF nº 347, reconhecendo o “estado de coisas inconstitucionais”, eis que patente a omissão estatal, ensejadora de violação de direitos fundamentais de número indeterminado de segregados, cabendo decisão estrutural determinando políticas públicas ou alocação de recursos à concretização dos referidos direitos que, como assinalado por Ingo Sarlet, por deter respaldo constitucional, são dotados de eficácia, discutindo-se tão somente o grau, devendo-se ter esforço conjunto para concretização.

A despeito destes e de todos os demais aspectos que aqui poderiam ser versados e por mais que se possa aderir a boa parte das críticas colacionadas no que diz especialmente com a supervalorização da classificação histórica (dimensional) dos direitos fundamentais, cremos que o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direitos constitucional genuinamente “altruísta” e “fraterno”. (2012, p.40)

Ratificando a efetividade dos direitos fundamentais dos presos, violados por omissão estatal, foi editada a Resolução nº 5, de 25 de novembro de 2016, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que preconiza em seu art.5º algumas providencias a serem adotadas para redução da superlotação carcerária, fixando como “limite prudencial” lotação superior a 137%, além da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009, do CNJ que criou mecanismos para controle estatístico e disciplinou o acompanhamento pelo Poder Judiciário quanto às prisões cautelares.

Segundos dados estatísticos divulgados pelo CNJ⁶, as unidades carcerárias no Brasil estão marcadas por problemas como a superlotação, o que, evidentemente, pode colocar em risco a saúde e a integridade física tanto dos reeducandos, como dos agentes prisionais, e, em última análise, da própria coletividade, ante a função de prevenção geral da pena, sem falar no risco, ainda que remoto, de rebelião, motim e/ou fuga.

Ora, não é crível que seres humanos sejam expostos a condições de vida tão humilhantes e escassas, uma vez que, embora estejam ali segregados para cumprimento de penas impostas pelo cometimento de crimes, tal não pode ser utilizado como argumento para justificar o tratamento dessas pessoas encarceradas, pois o cometimento de ilícitos não gera a possibilidade de ensejar um tratamento diferenciado ao indivíduo, nos termos do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal garante aos segregados o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso 49), que é um dos pilares do princípio da humanidade das penas, com o olhar voltado a seu caráter ressocializador.

O resultado da omissão estatal, sem adentrar noutros fatores que contribuem à precarização do sistema prisional nacional, é a intervenção do Poder Judiciário para que, utilizando-se da perspectiva do “estado de coisas inconstitucionais”, falhas estruturais possam ser sanadas ou minimizadas com comando decisório estrutural em que o Poder Executivo seja compelido a cumprir com seu papel constitucional que não prioriza a educação e não quer priorizar a segurança pública, muitas vezes produto da primeira omissão.

Considerações Finais

Com o olhar volvido a problemática da efetivação dos direitos fundamentais às pessoas com seu direito ambulatorial mitigado pela prática de crime, tendo como pano de fundo o cenário de superlotação e de falta de estrutura nas unidades prisionais no Brasil, o presente estudo se propôs a analisar como o uso do ‘estado de coisas inconstitucional’ pode viabilizar à referida efetivação, procedendo-se para tanto da análise da decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347, apontando as posições contrárias e favoráveis.

⁶ Quanto à superlotação, segundo dados divulgados pelo CNJ, de 2014, há déficit de 206.307 vagas em estabelecimentos prisionais brasileiros. (BRASIL. CNJ. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)

Pois bem. Partindo dessa perspectiva, procedeu-se a breve retrospecto histórico dos direitos fundamentais, desde a Petição de Direitos (1638), passando pelas revoluções francesa e americana, até desembocar no Estado de Bem-Estar social.

Ante a relação imbricada entre o modelo de Estado e o grau de tutela aos direitos fundamentais, do Estado-liberal dos séculos XVIII e XIX, fruto das revoluções liberais que se insurgiram contra o absolutismo, buscando a não intervenção do Estado, com prestações negativas; do Estado do Bem-Estar Social, produto das graves violações aos direitos humanos, no pós-guerra, defendendo-se a máxima intervenção do Estado, agora promovedor de prestações positivas, de direitos sociais, culturais e políticos, até desembocar em direitos difusos e coletivos, à paz.

Nesse cenário de pós-guerra, o constitucionalismo liberal cede espaço ao neoliberalismo em que há verdadeira mudança paradigmática no ordenamento jurídico, eis que a Constituição passa a exercer efeito irradiante com o reconhecimento de sua força normativa, e a norma jurídica, dantes sinônimo de regra na perspectiva kelsiana do positivismo jurídico, incorpora conteúdo axiológico, os princípios. Daí, a relação imbricada entre o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo para quem, no Brasil, a dignidade da pessoa humana se revela como fundamento de validade de todo ordenamento e o mínimo existencial deve ser resguardado a toda pessoa, mínimo esse materializado em alguns direitos fundamentais (plano do direito público) e da personalidade (na seara do direito privado).

Em seguida, demonstrou-se as controvérsias doutrinárias em torno a nomenclatura “ativismo judicial”, bem como a busca de definição, colacionando algumas críticas, assinalando a visão de Lênio Luiz Streck – insurge-se contra a judicialização da política que, para ele, é sinônimo de ativismo, eis que indica a intervenção do Poder Judiciário em searas que compete ao Executivo e ao Legislativo, violando a separação dos poderes – bem como de Luiz Roberto Barroso, defensor fervoroso que enxerga no Estado-Juiz o guardião da Constituição e dos valores nela fundados, como a dignidade da pessoa humana, de modo que, em caso de ação ou omissão violadora, é dever agir ativamente.

Partindo de visão substancialista do papel da Corte Constitucional, tomando como premissa básica de que, em caso de afronta a direito fundamental, o Poder Judiciário, se instado, deve intervir, analisou-se a decisão liminar proferida pelo STF no teor da ADPF nº 347, em 2015, passou-se à análise do “estado de coisas inconstitucional” para a realidade brasileira, reconhecendo sua incidência ao sistema prisional do país ante cenário de superlotação, de condições insalubres de vida, enfim, de violação dos direitos humanos de

modo generalizado, decorrente de omissão do poder público, e, logo, da imprescindibilidade de sentença estrutural.

Destacando alguns votos dos ministros do STF quanto à aplicabilidade do instituto à realidade carcerária brasileira, bem como as críticas dispendidas por autores como Lênio Luiz Streck, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo sob o fundamento de se tratar de intervenção ilegítima do Poder Judiciário que passou a impor comandos estruturantes ao Executivo, o que compromete a lógica da separação dos poderes; apontando também os pontos de vista favorável, tais como Carlos Alexandre de Azevedo Campos e GARAVITO para quem os pressupostos assentados quando do julgado pela Corte Constitucional da Colômbia, aplicando o ECI, quais sejam: violação maciça e manifesta de direitos fundamentais (plano dos fatos); a ação ou omissão estatal sistêmica ensejadora de inconstitucionalidade (plano dos fatores); caráter estrutural, sistêmico das falhas, impactando diretamente nas políticas públicas, mister pluralidade de medidas de todos os órgãos envolvidos (plano dos remédios), estavam presentes no caso do Brasil.

Entrementes se respeite às críticas acima e as compreenda, assinalando a necessidade de se aprofundar o ECI com cautela para que não seja usado como instrumentos justificador de intervenções arbitrárias e indevida do Estado-Juiz, sobretudo ante o cenário atual de excesso de judicialização, no caso específico da liminar na ADPF 347, com acerto a posição da Suprema Corte ao aplicar o ECI por estarem latentes os requisitos autorizados e a necessidade premente de intervenção do Poder Judiciário na problemática do sistema carcerário brasileiro.

Registre-se que não se está aqui tendo visão utópica de que tal decisão é mágica e que o complexo problema do sistema carcerário no Brasil foi solucionado, mas se pode observar que alguns significativos passos, dignos de acompanhamento pelos pesquisadores para mensurar aonde chegaram e até podem chegar, foram dados.

Indubitável, decerto, que não é crível que seres humanos presos possam ser expostos diariamente a violações expressivas em seus direitos mais mezinhas, afrontando com veemência a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Direito, e os direitos fundamentais que detêm eficácia, e o Poder Judiciário, a despeito disso se quede inerte.

Referencias

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

ALVES, Débora; KOERNER, MACIEL ANDREI. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, no 57, 2002, p. 117.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. CNJ. **Resolução nº 5**, de 25 de novembro de 2016, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

_____. CNJ. **Resolução nº 66**, de 27 de janeiro de 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=93>. Acesso em: 05 nov.2019.

_____. CNJ. **Dados das inspeções nos estabelecimentos penais**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 05 nov.2019.

_____. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 05 nov.2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manuela. L'articulation de la juridiction spéciale pour la paixavecla justice ordinaireen matière d'extradition: lesenjeux politiques ducas Jesus Santrichdans le contextedu post-conflit Colombien. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO FILHO, Ernani. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 10 de nov.2019.

_____. **Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política**. In *Análise Social*, vol. XLIV (191), 2009.

_____. **Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: Aspectos Relevantes de sua Gênese e Desenvolvimento**. In *Revista de Sociologia e Política*. Vol.28, Ano 2007.

CAMPOS, Carlos A. de A. O estado de coisa inconstitucional e o litígio estrutural. In: **Consultor jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em jul 2017. p. 299.

_____. “Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"? **Consultor jurídico**. 15 de out.2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 02 dez.2019)

CIARLINI, Léa Martins Sales; CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. A estrutura das políticas públicas e os paradoxos da intervenção judicial por meio da ação civil pública: uma análise a partir dos cinco estágios do ciclo político-administrativo de Michael Howlett, Ramesh e Perl. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. In: **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 02 de set.2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes 2001

_____. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LEHFELD, Lucas de Souza; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A imunidade parlamentar segundo o supremo tribunal: análise do precedente sobre a prisão do senador Delcídio Amaral frente aos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 2, 2019.

FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómola Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: De justicia, 2010.

LASCANO, Alfonso Jaime Martinez. Inconvencionalidad del amparo mexicano por la eficacia em laprotección judicial de derechos humanos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 2, 2019.

LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.p.18-28.

MABTUM, Matheus Massaro; GERRA FILHO, Willis Santiago. A importância do tempo e sentido para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 6, N. 2, 2018.

MARIONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O estado constitucional contra a democracia: aspectos da crise paradigmática no direito e no estado. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em out 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Instituto brasiliense de direito público - IDP. Brasília: Brasilia Juridica, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, M. C. B. **Ampliando os direitos da personalidade**. In: Revista de Saúde Pública, v. 41, n. 5, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso: 02 fev.2019.

PIOVESAN, Flávia. **A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 02 de set.2019.

ROSSIGNOLI, Marisa; SOUZA, Francielle Calegari de. O princípio constitucional da livre concorrência frente a política do desenvolvimento sustentável. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

SANTOS, Bruno Calife dos. **Ativismo Judicial e Direitos Humanos: o exercício da jurisdição constitucional e efetividade de direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. 2017. 126 f. Dissertação (Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Schmitt, Carl. **O conceito do político**. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

_____. **O Guardião da Constituição**. São Paulo: Del Rey. Vol.9, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; MARTIN, Raphael Farias. Economy law and economic analysis of law and the impacto on intelectual property in the common law system. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 2, 2019.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 2, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. O estado de coisa inconstitucional é uma nova forma de ativismo. In: **Consultor jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 10 out. 2019.

SOUZA, Renee do Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANNA, Luis Werneck *et al.*. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Jorge Werneck. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 337-491.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Pensar as políticas públicas a partir do enfoque das capacidades: justiça social e respeito aos direitos humanos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

Submetido 10.03.2020

Aceito em 20.06.2020