

# O “Estado de Coisas Inconstitucional” e a Judicialização da Política Pública no Âmbito do Sistema Carcerário Brasileiro: Mitigação do Princípio da Separação de Poderes?<sup>1</sup>

Raimundo Evandro Colaço Filho<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir, de forma breve, a interferência do Poder Judiciário na consecução da política pública no sistema carcerário brasileiro, haja vista decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional. Nestes termos, buscou-se analisar a possível quebra do princípio da separação dos poderes, em razão da atuação preponderante do Judiciário.

**Palavras-chave:** *Estado de Coisas Inconstitucional. Princípio da separação dos poderes. Judicialização das Políticas Públicas. Sistema carcerário brasileiro. Ativismo Judicial. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.*

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, verifica-se a intensa atuação do Poder Judiciário na resolução de conflitos em diferentes áreas, sejam elas econômi-

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza.- UNIFOR. Pós – Graduado em Direito Penal e Processual Penal. Servidor Público Estadual. E-mail: evandrocolaco@hotmail.com

<sup>2</sup> Data de recebimento: 18/12/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

cas, criminais, políticas, científicas, morais, dentre outras, inclusive, assumindo um papel de protagonista, em especial, na implementação de políticas públicas em nosso país, em face das renitentes omissões por parte do Poder Público em geral.

Na verdade, resta evidente, no contexto atual de nossa sociedade, a ocorrência do chamado fenômeno da Judicialização, pois questões cujas resoluções caberiam a outras esferas de Poder passam a ser decididas pelo Poder Judiciário. Sobre este fenômeno preceitua Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO,2009,p.03).

Destaca-se que a realização de políticas públicas visa à efetivação, e a garantia dos direitos mínimos fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988, e, a ausência na realização das referidas ações, por parte do Estado, gera prejuízos incalculáveis à população como um todo. Por consequência, há um intenso crescimento na busca pelo Judiciário em nossa sociedade, visando a garantir as prestações positivadas em nossa Constituição (SANTOS, 2007).

O conceito de política pública, apesar de não ser um consenso no meio acadêmico, em razão de ser considerada uma vertente recente da ciência política, entende-se por ser um instrumento ou conjunto de ações dos Governos (SOUZA, 2006), uma ação elaborada no sentido de enfrentar um problema público (SECCH, 2012).

A República Federativa do Brasil possui dentre um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, ou seja, ninguém será submetido a um tratamento desumano, ademais, a Constituição Federal de 1988 impõe ser de responsabilidade da União o direito penitenciário, concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal. Assim, o indivíduo submetido ao cárcere deverá ter assegurado o respeito a sua integridade física, psíquica e moral, sendo o Estado responsável pela manutenção de locais aptos a garantir o mínimo respeito aos direitos do preso e a promoção de políticas públicas capazes de atender esta finalidade.

O Supremo Tribunal Federal, em razão das graves e indistintas lesões aos direitos constitucionais dos presos, reconheceu o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” no âmbito do sistema prisional, tema este que será melhor abordado no decorrer do presente trabalho, inclusive, a Corte Constitucional determinou ainda a adoção, por parte do Poder Executivo, de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários visando a minimizar as precárias condições do sistema carcerário brasileiro.

Inevitavelmente, ao analisar a presente temática, não se pode deixar de se ater a questão sensível quanto à possível quebra na harmonia e separação dos poderes.

Nesse contexto, buscou-se no presente trabalho, de forma breve, discutir a judicialização na consecução de políticas públicas na ambiência do sistema prisional brasileiro. Para isso, verificou-se a posição clássica da separação dos Poderes, tendo como referência os filósofos políticos modernos, Locke e Montesquieu, bem como a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio das quais a Corte atuou de forma mais ativa no implemento de políticas públicas no âmbito do sistema prisional, e, por fim, a inescusável função do Poder Judiciário para a apreciação de qualquer violação ou ameaça de direito.

## 2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da separação de poderes encontra-se consagrado no art. 2º, da Constituição Federal de 1988, conforme se lê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A aludida separação repousa-se no fato de não existir nenhuma relação de subordinação, ou mesmo dependência, no exercício de suas funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ademais, concomitantemente e em decorrência da própria harmonia entre os supramencionados poderes, há um mecanismo de controle recíproco entre os mesmos (checks and balances).

O Sistema de Freios e Contrapesos (ou Checks and balances System) significa a limitação do poder pelo próprio poder; em outras palavras, cada poder é autônomo para o exercício de sua função própria, em contrapartida, esta função deveria ser controlada pelos outros poderes (MONTESQUIEU, 1998).

Nessa linha, Cunha Júnior (2010, p. 514) preleciona que “[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”.

Somente, assim, torna-se possível o controle do poder pelo poder e a plena realização da separação de Poderes, que se traduz na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível), e, na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.

Inegavelmente, o legislador constitucional originário materializou a importância do princípio da separação dos poderes, quando inseriu o princípio no rol das chamadas cláusulas pétreas, impossibilitando

possível proposta de emenda tendente a abolir este princípio, conforme art.60, §4º, III da Constituição Federal de 1988.

Não se pode olvidar que a separação dos poderes no Brasil não ganha contornos de rigidez extrema, pois na própria Constituição Federal, além de estabelecer funções atípicas pelos poderes do Estado, vigora a harmonia entre os poderes por meio de um controle recíproco (checks and balances), ou seja, um órgão de um poder pode ser fiscalizado e controlado por um órgão de outro Poder, conforme restou exposto anteriormente. Nesse sentido alerta Dalmo de Abreu Dallari que:

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos". (DALLARI, 2001, p.222) (Destaque).

Seguindo ainda este entendimento Celso Ribeiro Bastos preleciona:

Depois de introduzida com grande rigor pelas Revoluções americana e francesa, a separação rígida de poderes afigurou-se inviável na prática. Isto basicamente devido à necessidade de impedir que os poderes criados se tornassem tão independentes a ponto de se desgarrarem de uma vontade política central que deve informar toda a organização estatal. Daí a introdução de uma certa coordenação entre eles, visando a harmonizá-los e contê-los dentro de uma cadeia de fins aos quais devem servir, por serem fins do próprio Estado de quem são simples instrumentos. Além desta coordenação, evidenciou-se igualmente a conveniência de permitir a um determinado poder o exercício de funções que em princípio deveriam caber a outro. Isto explica uma divisão flexível das funções entre os seus correspondentes órgãos. (BASTOS, 2002, p.562) (Destaque).

No que concerne à temática do presente trabalho, ressalta-se que anteriormente o Poder Executivo era o que detinha a prerrogativa quanto à autonomia da formulação, implementação, gestão de políticas públicas, definindo, além de quais políticas seriam atendidas com os recursos financeiros disponíveis.

Todavia, com o avançar dos anos, esta postura mudou, o controle do judiciário em relação às políticas públicas foi sendo alargado, e uma possível mitigação ao princípio da separação de poderes ganhou contornos os quais serão evidenciados a seguir na ambiência carcerária brasileira.

### **3 O AVANÇO NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Conforme anteriormente restou exposto, não existe nenhuma relação de subordinação, ou mesmo dependência, no exercício das funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como há mecanismo de controle recíproco entre eles, e é justamente no que concerne a esse controle mútuo, em especial, exercido pelo Poder Judiciário, que repousa a temática do presente trabalho.

Com o advento da Constituição de 1988, a atuação precípua do Supremo Tribunal de Justiça restringia-se ao seu papel de guardião constitucional, sendo esta função exercida de forma rígida e conservadora, limitando-se a apreciar a constitucionalidade da norma.

Nesse período, e anteriormente ao próprio início da vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendia, de forma pacífica, que sua atuação se restringia a agir como “legislador negativo”, suspendendo (nas situações de julgamento de liminares), ou eliminando (nas hipóteses de julgamento de mérito), os dispositivos reputados como inconstitucionais. Nesse sentido, o Ministro Moreira Alves, no julgamento da Representação 1451/DF, manifestou-se:

Ora, a jurisprudência desta Corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador.

Não era considerada legítima a atuação do STF como “legislador positivo”, ou seja, este não poderia dispor de iniciativas legislativas para as situações declaradas inconstitucionais, quer por ação, quer por omissão.

Logo, a Corte Suprema considerava de forma quase inflexível o princípio da separação e harmonia entre os poderes, elencados na Constituição de 1988 em seu art. 2º, bem como reconhecendo como cláusula pétrea, conforme dispõe o art. 60, §4º, inciso III, da CF.

No entanto, com o passar do tempo, o Supremo Tribunal Federal, em várias situações, vem assumindo a postura de um “legislador positivo”, em especial devido à nova dinâmica social, e a busca em concretizar normas e princípios constitucionais, o que inevitavelmente gera uma atividade criativa da Corte Suprema.

Em especial, conforme restou dito anteriormente, o atual contexto social em que o fenômeno da Judicialização se mostra tão evidente, em face das várias demandas, que seriam de competência de outros órgãos, passam a ser objeto de decisão do Judiciário, acaba por levar uma mudança na postura da Corte Suprema. Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, on line, ao analisar as causas desse fenômeno aduz que:

Há causa de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parla-

mentos em geral. Há uma terceira: atos políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestão ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate política e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Desse modo, não estando isento de ser questionado perante o Poder Judiciário, o Sistema carcerário brasileiro também foi objeto de análise por parte do Supremo Tribunal Federal.

### **3.1 As decisões da Corte Suprema Brasileira na implementação de Políticas Públicas no âmbito do sistema prisional**

O Supremo Tribunal Federal, nas sessões plenárias ocorridas no segundo semestre do ano de 2015, legitimou a atuação do Poder Judiciário de forma mais ativa frente à consecução de políticas públicas, e a afetação de recursos orçamentários no âmbito do sistema prisional brasileiro.

No dia 13 de agosto de 2015, a Corte Constitucional Brasileira por meio do julgamento do RE nº 592.581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, contra acórdão do Tribunal de Justiça Gaúcho, decidiu pela obrigatoriedade da administração pública na construção de obras ou reformas emergenciais em casas de privação de liberdade, visando à garantia dos direitos fundamentais dos custodiados, bem como suas integridades físicas e morais, consoante aresto abaixo descrito:



Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido.

RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, Acórdão Eletrônico DJe-018 Divulg 29/01/2016 Public 01/02/2016(Destaque)

A repercussão geral nº 220 do julgado supramencionado determinou a competência do Poder Judiciário, para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.

Empós, na data de 09 de setembro de 2015, corroborando a postura adotada no julgado anteriormente citado, o Plenário do STF deferiu, parcialmente, o pedido de medidas cautelares requerido na Ação Declaratória de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, e reconheceu

a ocorrência do chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” em relação ao sistema prisional brasileiro, devido às violações indistintas e sistemáticas dos direitos fundamentais dos encarcerados.

Por ocasião do deferimento da liminar na ADPF nº 347/DF, o STF determinou:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos. (Destaque)

Ressalta-se que um dos pontos acolhidos pela liminar deferida pela Suprema Corte de Justiça repousa na proibição do Poder Executivo de limitar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, inclusive, o impedimento de novos contingenciamentos, permitindo, assim, o uso dos recursos oriundos do aludido fundo para a finalidade para a qual foi criado, que é proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro.

O Ministro Marco Aurélio relator da ADPF nº 347/DF defendeu que a responsabilidade pelas graves situações formadoras do pa-

tente quadro de inconstitucionalidades vivenciados pela população carcerária, não restaria a cargo apenas de um único Poder, na verdade, os 03(três) Poderes – Executivo Legislativo e Judiciária seriam os responsáveis pela precariedade do sistema prisional, bem como a União também não deteria com exclusividade a responsabilidade, sendo dívida a todos os Estados-membros.

Desse modo, restou evidente que a atuação do Judiciário não demonstrou ingerência deste Poder sobre os demais, na verdade a grave lesão aos direitos fundamentais dos presos, ensejando violação da dignidade da pessoa humana e da garantia ao mínimo existencial, somado com a inércia dos demais órgãos componentes dos executivos e legislativos, motivarão a atuação da Suprema Corte de Justiça no sentido de oferecer mecanismos e parâmetros para a sanar a problemática carcerária no país.

Ademais, não se pode olvidar que a atuação do Poder Judiciário não visa a substituir as funções dos demais Poderes, pelo contrário, o exercício decorre da busca pela própria harmonização dos poderes, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como face ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois ocorrendo a lesão ou ameaça de direito, e a referida demanda seja objeto de ação judicial, caberá justamente ao Poder Judiciário a solução da questão.

No subtópico a seguir, analisaremos a origem da técnica decisória do “Estado de Coisas Inconstitucional”, bem como os litígios pelos quais a Corte Judicial declarou esse fenômeno e os requisitos para o reconhecimento do ECI.

### **3.1.1 Origem do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI)**

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) trata-se de uma técnica decisória oriunda da Corte Constitucional Colombiana, que objetiva enfrentar sérias e sistemáticas lesões constitucionais, em face de omissões de políticas públicas, as quais afetam um número indistinto

de pessoas, sendo necessária, para suas superações, a realização de diversas providências a serem efetivadas por várias autoridades e poderes do Estado.

A técnica em questão não se encontra prevista na Constituição da Colômbia, ou em outro dispositivo normativo daquele país, embora o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional autorize a Corte Constitucional a determinar aos poderes do Estado a realização de providências capazes de superar as lesões graves e maciças de direitos fundamentais, supervisionar, empós, concretizar as suas implementações.

A primeira decisão prolatada pela Corte Constitucional da Colômbia em que declarou o Estado de Coisas Inconstitucionais ocorreu em 1997, em face de um litígio proposto por 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de María La Baja e Zambrano, os quais, de modo sistemático, tiveram seus direitos previdenciários lesionados por parte de autoridades públicas locais<sup>3</sup>.

Ressalta-se que no supramencionado caso constataram que a falta de cumprimento dos direitos era difundida entre um número indeterminado de profissionais da educação, não se limitando apenas aos professores demandantes iniciais, bem como a responsabilidade por estas falhas não eram somente atribuídas a um único órgão ou instituição, mas era uma questão estrutural.

Ademais, consonante os magistrados, tratava-se de uma insuficiência de políticas gerais de educação originária da desigualdade de distribuição dos subsídios educacionais, prestadas pelo governo central, em benefício das entidades territoriais. (CAMPOS, 2016).

Frisa-se que em virtude do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional ampliam por sobremaneira a gama de poderes da Corte Constitucional, a referida técnica decisória deverá ser apenas utilizada em situações excepcionais, não sendo necessária apenas a violação difundida de direitos fundamentais, pois a intervenção

---

<sup>3</sup> Sentencia de Unificación – SU 559, DE 06/11/1997

da Corte deve se mostrar essencial para a resolução do quadro calamitoso.

Ressalta-se, inclusive, que a Corte Constitucional, declarando este Estado de Coisas Inconstitucional, passa a cumprir um papel atípico na perspectiva da separação de poderes, haja vista a ampliação das interferências em políticas públicas, necessitando, assim, a ocorrência de parâmetros específicos.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional por parte da Corte Constitucional Colombiana exige a presença de determinados requisitos, quais sejam: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão de autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes, ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. (CAMPOS, 2016).

A mencionada técnica restou aplicada pela Corte Constitucional Colombiana em cerca de 09 (nove) casos, inclusive, dentre eles, a Corte reconheceu em relação ao sistema penitenciário daquele país o “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Na referida ação, inicialmente, buscou-se resolver as situações específicas das prisões de Bellavista e Modelo, localizadas em Medellín, e Santa Fé de Bogotá, respectivamente. Todavia, a decisão abordou todo o sistema carcerário do país<sup>4</sup>.

---

4 T - 153 de 1998

## **4 O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

O Estado de Coisas Inconstitucional foi considerado pela doutrina brasileira como um modo de ativismo judicial, sendo criticada a adoção da referida técnica decisória. Seguindo esse posicionamento, Lenio Streck on line defendeu que:

Mas, atenção. É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica – vista de forma cindida – sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é como a noção de ECI construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza em um país periférico. Uma espécie de realismo moral. E também discordo em face de outros argumentos. O ECI pressupõe uma leitura dualista da tensão entre fatos e normas, desconsiderando que o problema da eficácia do direito, sobretudo após o giro linguístico (que o direito parece querer ignorar), não pode ser mais tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade, um, como referi acima, verdadeiro ranço jusnaturalista, sob pena de se agravar ainda mais o problema que por meio da crítica se pretende denunciar.

O ativismo judicial é entendido como um excesso de atuação do Poder Judiciário, em razão da inércia, ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, na concretização da norma constitucional, inclusive, muitas vezes criticada por ser considerada afrontosa ao princípio da Separação dos poderes. Nesse esteio Barroso esclarece:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura

ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p.06).

Outrossim, ensina C. Neal Tate(1997, p.33) que o ativismo judicial trata-se de uma ação ou comportamento dos juízes no sentido de “participar da elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos hábeis”.

Inobstante as críticas ao ECI, por conta de possível quebra do princípio da Separação dos poderes, vimos que no Brasil não há a rigidez extrema em relação a esse princípio, bem como em razão da própria harmonia entre os poderes por via de um controle recíproco(checks and balances), um Poder pode ser fiscalizado e controlado pelo outro, e não teria como a Separação dos Poderes impedir a tutela jurisdicional perante as atividades estatais.

O Estado de Coisas Inconstitucional buscou favorecer a proteção dos direitos fundamentais, em face da inércia ou omissão dos demais Poderes, embora ser evidente que não se trata de algo fantástico capaz de sanar toda a problemática dos presídios com o simples reconhecimento desse instituto, pois se trata de uma questão estrutural, e não apenas de responsabilidade de um único Poder, mas do Estado como um todo. Nessa linha Dirley da Cunha Júnior on line aduz que:

Apesar das conhecidas críticas ao ativismo judicial, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode reforçar o sistema de garantias dos Direitos Fundamentais, sobretudo de segmentos populacionais mais vulneráveis e afetados pelo estado de inércia e indiferença dos poderes públicos. Não vejo, entretanto, o ECI como um remédio milagroso a estimular ilusões. Mas pode servir pedagogicamente para (a) estimular a adoção de medidas reais e

efetivas; (b) provocar um sério e sincero debate a respeito da falta ou insuficiência de políticas públicas em determinados setores sensíveis (não apenas no sistema penitenciário, mas também nos caóticos sistemas públicos de saúde, de ensino e de segurança pública); e (c) proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas.

Comungando desse entendimento, George Marmelstein on line preleciona que:

O ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas.

O jurista George Marmelstein on line ainda apresenta alguns princípios-guias, que norteariam o nível de intervenção judicial:

O primeiro refere-se ao grau de inação dos órgãos estatais. Quanto maior a situação de abandono e de descaso com a solução do problema por partes dos órgãos competentes maior será a intensidade da atuação judicial. O segundo está relacionado à vulnerabilidade das pessoas envolvidas. Quanto maior for o grau de vulnerabilidade das pessoas afetadas (em razão da privação de direitos e incapacidade de articulação política) maior será a necessidade de uma atuação judicial mais rigorosa. Outro princípio importante relaciona-se à essencialidade do direito afetado: quanto maior for a essencialidade daquele( do ponto de vista do respeito e proteção da dignidade), maior deverá a busca



pela implementação. Em todo caso, a atuação judicial deverá mirar um diálogo para que a solução do problema seja construída pelos próprios órgãos responsáveis. Quanto mais sincero e efetivo for o engajamento dos demais órgãos para a solução do problema, menor deve ser a intervenção judicial.

Por fim, a importância do reconhecimento do ECI seria buscar de forma sistematizada com o engajamento de todos os órgãos responsáveis nos demais Poderes a resolução das graves lesões aos direitos fundamentais da população carcerária, não envolvendo apenas um Poder, porém todos juntos dentro cada um de sua esfera de atribuição.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo objetivou de forma precípua analisar a interferência do Poder Judiciário na consecução da política pública no âmbito do sistema prisional brasileiro, tomando por referência as decisões do Supremo Tribunal Federal, e sua possível mitigação ao princípio da separação dos poderes.

Para esclarecer a intensa atuação por parte do judiciário, inicialmente, buscou-se entender o princípio da separação dos poderes, no aspecto da coexistência sem a subordinação ou mesmo dependência no exercício das funções atinentes de cada um dos poderes.

Posteriormente, mediante uma análise breve do avanço da atuação do Supremo Tribunal Federal na consecução de políticas públicas, em especial, do chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, técnica decisória oriunda da Corte Constitucional Colombiana, que foi aplicada ao sistema prisional brasileiro, devido às violações indistintas e sistemáticas dos direitos fundamentais dos encarcerados, geradas pelas omissões de políticas públicas, as quais deveriam ser implementadas por várias autoridades e poderes do Estado.

Restou claro que é dever do Estado zelar pelo cumprimento dos direitos fundamentais do cidadão, quer este esteja encarcerado, ou

não, e a ineficiência da atividade do Estado em promover a consecução de políticas públicas no sistema prisional não poderá obstar a atuação mais enérgica do Poder Judiciário frente ao Poder Executivo, não se tratando de uma ingerência de um Poder sobre o outro, e sim, o pleno cumprimento dos ideais de um Estado Democrático de Direito que busca preservar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Conclui-se que a interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas é resultante do nosso próprio modelo Constitucional, em especial, face ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, e a ação mais intensa e direta do Judiciário perante outros Poderes não se pode considerar uma violação ao princípio da separação dos poderes, na verdade, a referida interferência judicial decorre da própria harmonia entre os supramencionados poderes.

## **THE “UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS” AND THE JUDICIALIZATION OF THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM: WEAKENING THE SEPARATION OF POWERS?**

### **ABSTRACT**

*This paper aims to discuss briefly the interference of the Judiciary in the pursuit of public policy in the Brazilian prison system, given decisions by the Federal Supreme Court, which recognized the State of Things Unconstitutional. In these terms, it was tried to analyze the possible breach of the principle of the separation of powers, in view of the preponderant action of the Judiciary.*

**Keywords:** *“Unconstitutional State of Affairs”. Principle of separation of powers. Judicialization of Public policieis. Brazilian prison system. Judicial activism. Principle of Inafastabilidade Jurisdiction.*

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 janeiro 2018.

\_\_\_\_\_. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>> . Acesso em: 14 fev. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRANDÃO, Rodrigo. **O STF e o Dogma do Legislador Negativo**. Disponível em:< [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o\\_stf\\_e\\_o\\_dogma\\_do\\_legislador\\_negativo.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_stf_e_o_dogma_do_legislador_negativo.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 09/09/2015, Diário de Justiça de 18/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+347.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+347.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **RE 592581/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2015, Diário de Justiça de 29/01/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+592581.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+592581.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/andcev4>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucionais**. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional#.VUd9cLMne5c.facebookv>>. Acesso em: 37 jan 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación – SU 559, DE 06/11/1997**. Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 15 de fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **T-153/98**. Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

relatoria/1998/t-153-98.htm> . Acesso em: 15 fev. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 514.

\_\_\_\_\_. **O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais**. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>> . Acesso em: 14 fev. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriça. **Organização dos Poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**. Disponível em:< <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>> . Acesso em 26 jan. 2018.

LIMA, George Marmelstein. **Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Disponível em:< <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEDEIROS, Alexsandro M. **Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ci%C3%Aancia-politica/politicas-publicas>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos**. São Paulo: CENGAGE Learning, 2012.

SOUZA, Celine. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n.16, jul/dez 2006, p.20-45.

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). **The global expansion of Judicial Power**. Nova York: Nova York University Press, 1997.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº186) Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 27 jan. 2018.