

JUDICIALISMO COMO UMA NOVA FORMA DE ENFRENTAMENTO À CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO

Recebido em: 31/05/2023

Aceito em: 15/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-9790



Ana Lucia C. Alves ¹
Philippe Cunha Ferrari ²
Rômulo Magno Silva ³

RESUMO: A presente pesquisa analisa a crise do sistema carcerário, enfocando a superlotação e as deficiências estruturais. Objetiva-se propor o judicialismo como uma alternativa para enfrentar esse problema, destacando a atuação proativa do Judiciário na correção das falhas do sistema. Dada a ausência de uma reforma abrangente nos códigos penal e processual penal, o judicialismo poderia ser uma abordagem eficaz para os juízes aplicarem filtros nas penas, especialmente considerando que mais da metade dos detentos estão encarcerados sem sentença condenatória transitada em julgado. O trabalho valeu-se de uma revisão bibliográfica, explorando-se livros e artigos científicos e visitando casos relevantes levados ao Judiciário. O estudo reforça a ideia de que a atuação judicial mais ativa no processo penal pode contribuir para a redução da população carcerária e para a eficácia dos direitos humanos, ressaltando a necessidade de os juízes compreenderem e enfrentarem os problemas estruturais do sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Dignidade da pessoa humana; Direitos humanos; Políticas públicas; Presos.

JUDICIALISM AS A NEW WAY OF FACING WITH THE PRISON SYSTEM CRISIS

ABSTRACT: This research examines the crisis of the prison system, focusing on overcrowding and structural deficiencies. The aim is to propose judicial activism as an alternative to address this problem, highlighting the proactive role of the Judiciary in correcting the system's flaws. Given the absence of comprehensive reforms in the criminal and procedural codes, judicial activism could be an effective approach for judges to apply filters to sentences, especially considering that more than half of the inmates are incarcerated without a final conviction. The study relied on a bibliographic review, exploring books, scientific articles, and examining relevant cases brought to the Judiciary. The research reinforces the idea that a more active judicial role in the criminal process can contribute to reducing the prison population and enhancing human rights effectiveness, emphasizing the need for judges to understand and address the structural problems of the prison system.

¹ Docente pela Universidade Estadual de Minas Gerais. Direitos Fundamentais no Direito Municipal, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP/SP.

E-mail: alcalves@yahoo.com.br

² Doutorado em ciências sociais pela Puc-Rio.

E-mail: philippe@ferrari-mail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5849-6510>

³ Graduando em direito pela Faculdade Pitagoras, campus Poços de Caldas/MG.

E-mail: romagnogra@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5698-0760>

KEYWORDS: Judicial activism; Human dignity; Human rights; Public policies; Prisoners.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade o estudo do sistema carcerário, tendo em vista sua superlotação e precariedade. Buscar-se-á demonstrar que o judicialismo seria uma via possível no combate à crise do sistema carcerário que assola o mundo e, principalmente, o Brasil.

Segundo Barroso (2009), o judicialismo é caracterizado por uma posição proativa do Poder Judiciário, interferindo de maneira significativa na atuação dos demais poderes. Assim, como não há previsão de uma reforma cirúrgica do Código de Processo Penal e de Direito Penal destinada à melhoria do cenário carcerário, o judicialismo seria um meio de política alternativa, a fim de que os magistrados possam inserir filtro voltado para os tipos de penas aplicadas, uma vez que mais de 50% das pessoas encontram-se presas sem uma sentença final condenatória, leia-se sem o trânsito em julgado da decisão. Isso respinga no devido processo legal, fere a duração razoável do processo e o princípio da presunção da inocência, que são abarcados explicitamente pela Constituição Federal.

A ideia central é trazer o judicialismo à discussão e talvez utilizá-lo como meio alternativo. Não se trata de um poder adentrar no outro, no caso, de o Judiciário usurpar a competência do Legislativo. Trata-se de fazer valer o processo penal e o direito penal como devem ser, compreendendo-os como *ultima ratio* para resolução de conflitos.

Em vista da inércia do Legislativo em enquadrar os códigos supracitados nas diretrizes do Estado Social de Direito, ficaria a cargo dos juízes aplicar, por meio das sanções impostas, meios alternativos de pena, a fim de desafogar o sistema carcerário, ao invés de simplesmente sentenciar conforme o positivado. Nesse sentido, toma-se, com exemplo, o voto proferido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que utilizou a dignidade da pessoa humana como fundamento para a remissão da pena.

O tema e seus recortes justificam-se pela necessidade do aprofundamento de estudo entre judicialismo e meios alternativos de aplicação das sanções penais, ao passo que será feito estudo no campo das políticas públicas, passando pelo contexto histórico e o sistema carcerário vigente.

O método para a consecução do trabalho foi a revisão bibliográfica, explorando-se livros e artigos científicos e visitando casos relevantes levados ao Judiciário. Obtendo-

se, como resultado da pesquisa, a necessidade da implementação do judicialismo pelos magistrados como filtragem para diminuição da população carcerária e meio de política alternativa, a fim de, não só preservar a dignidade da pessoa humana, mas combater este mal que assola os presídios brasileiros há anos.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A sustentação da dignidade da pessoa humana caminha na mesma direção que o direito à vida. Dizer que todos os seres humanos têm direito à vida e não preservar a sua dignidade é uma falácia. A “dignidade” é um mecanismo para resguardar a vida em sociedade e seu bom desenvolvimento. Dessa maneira, temos que:

A percepção de que alguns direitos da pessoa deveriam ser universalmente considerados e jamais violados não é nova, remontam ao período da colonização da América pelos espanhóis, quando Bartolomeu de Las Casas e Francisco de Vitória, no século XVI, passaram a condenar, com veemência, o tratamento conferido aos chefes políticos e aos povos originários da América (CARNEIRO, 2017, p. 10).

Já dizia o filósofo Heráclito (*apud* SARLET, 2010, p. 1) “que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui”. No campo do Direito tal premissa é inexorável.

Igualmente é certo o clamor das pessoas por segurança, que adveio pelo processo da universalização dos direitos Humanos de 1948 (SARLET, 2010), originado após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos horrores do regime nazista, que demonstrou que o Estado poderia ser um grande violador dos direitos humanos, marcado pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2004). Assim, o conceito de dignidade humana

[...] atravessou dois mil e quinhentos anos de história da filosofia, ganhou variadas configurações nas mais diversas tradições filosóficas e acabou por ser transformado em preceito constitucional supremo em resposta aos horrores e séries de violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial (MENDES, 2013, p. 85).

Enquanto reivindicação moral, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como destaca Norberto Bobbio, não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução,

com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais do homem em sua essência (PIOVESAN, 2004, p. 21).

Nessa oportunidade, cumpre demonstrar um pouco sobre a filosofia kantiana. Para Kant, a humanidade é o fim, por excelência. Caso a pessoa não respeite o preceito da dignidade da pessoa humana, está tomando-a como atividade de meio e, conseqüentemente, levado por uma falsa promessa da moral, uma vez que, a dignidade da pessoa humana deve ser destinada para a humanidade como preceito de finalidade (KANT *apud* STOBBE; PAVÃO, 2013, p. 105).

A partir do contexto histórico o que mundo vivenciou após a II Guerra, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade da pessoa humana. A valorização da supremacia humana coloca à frente as pilastras dos direitos humanos, sendo eles a universalidade e a indivisibilidade (COMPARATO, 2010).

No Brasil, o processo de incorporação dos direitos humanos não foi diferente, vivenciou-se aqui um longo período sombrio ditatorial, em que ocorreu a mitigação dos direitos fundamentais. Ainda hoje, persistem resquícios desses tempos, haja vista algumas legislações vigentes (como o Código Penal e o Código de Processo Penal), contrapondo-se a toda panorâmica constitucional.

A Constituição de 1988, marco histórico do nosso direito, é voltada a reescrever os direitos fundamentais e fortificá-los. Como norte, institui o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Mendes (2013), por muito tempo, pós-88, pensava-se que o Brasil havia adquirido certa estabilidade constitucional, principalmente, no campo dos direitos fundamentais. Porém esse cenário vem sendo ameaçado. Os direitos fundamentais estão, há tempos, em crise, resultante, sobretudo do colapso que a democracia vem sofrendo (STRECK, 2004).

Partindo desse pequeno contexto histórico, nota-se que, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Social de Direito, o constituinte acabou por “reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (MENDES, 2013, p. 86).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece a preservação da dignidade da pessoa humana. Partindo do entendimento de Kant, conseguimos montar

uma “fórmula” para o entendimento e respeito desse princípio que, além de universal, é o princípio máximo do nosso ordenamento jurídico.

Em complemento com o pensamento kantiano, entende-se que cada cidadão possui o resguardo de ter a “inviolabilidade fundada na justiça”, ou seja, os dois filósofos (Rawls e Kant) defendem que independentemente da coletividade ou do objetivo maior da coletividade, a dignidade e a justiça devem atingir a cada um individualmente.

Compartilhando o conceito estabelecido por Rawls (2000), o conceito genuíno da dignidade da pessoa humana pressupõe a equidade entre os seres humanos, atingindo seus direitos mais intrínsecos.

Não conseguir garantir dignidade às pessoas, em especial, à população carcerária é garantir uma ideia ilusória de justiça, que se preocupa, sobretudo, com bens materiais.

Todo um processo luta foi desenvolvido em prol da garantia da dignidade humana, que não faz distinção de gênero, classe social, raça etc. Assim, não é plausível dizer que temos conceito formado de pena (sanção) e deixar o condenado sofrer por uma falsa moral e julgamento da sociedade. O Código Penal prevê a pena como meio punitivo e como meio de reinserção do indivíduo em sociedade. Em nenhuma parte da doutrina ou das leis está escrito que os presídios são extensão de tortura, que deve ser aplicada uma sanção mais cruel que a sentenciada.

É necessária uma mudança no pensamento dos magistrados, a fim de que consigam aplicar, através do judicialismo, medidas alternativas para melhoria do direito penal e processual penal, com objetivo de instituir esses dois procedimentos como *ultima ratio*, e, assim, tentar controlar o tamanho da população carcerária e, ao mesmo tempo, honrar a dignidade da pessoa humana.

2 SISTEMA CARCERÁRIO

As mazelas do sistema carcerário brasileiro são alvo de pesquisa e debates ao longo de vários anos, para melhor ilustrar o início desses estudos podemos utilizar, no Brasil, como marco simbólico a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Embasada nos ditames da Declaração Universal dos Direitos de 1948, a CFRB/88 trouxe consigo grandes mudanças e a afirmação de direitos fundamentais, sendo chamada pela doutrina de constituição progressista, cidadã e humanista.

A trajetória de preocupação com caos instalado nos presídios brasileiros aparece em relatos feitos ao órgão do Judiciário por meio de ADPF's (nº 347), CPI's

(Requerimento de Instituição de CPI RCP 6/2015), Medidas Provisórias, com finalidade de promover alguma modificação substancial dentro do Estado (BARCELLOS, 2010).

No entanto, é tão notório o descaso com o sistema que o próprio Supremo Tribunal Federal declarou como “estado inconstitucional” na ADPF nº 347. Trata-se um hard case (caso difícil) para o ordenamento jurídico e entre os diversos poderes (BARCELLOS, 2010). Acerca do assunto, Oliveira (2007, p. 1) destaca que:

O Brasil encarcera mais pessoas do que qualquer outro país na América Latina e infelizmente, os problemas desse imenso sistema requerem proporções de soluções correspondentes. Desrespeitos aos direitos humanos são cometidos constantemente em todas as unidades penais afetando milhares de apenados e suas famílias, com o agravante de que a sociedade mantém uma relativa indiferença a tais desrespeitos, tendo como principal motivo a compreensão de que “marginais”, especialmente, os assassinos, não devem ter direito a preservação de suas vidas e à integridade física.

A pena imposta para aqueles que cometem crime deve servir como modelo e durar o tempo necessário para se repensar o ato ilícito praticado em sociedade. Durante o cumprimento da pena deve ser concedido ao detento recursos que o ajudassem a atingir a ressocialização, ou seja, sua reinserção dentro da sociedade.

Estamos em um Estado Social de Direito, em que a Constituição assegura a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento, uma vez, que lembrando o jusfilósofo Hans Kelsen (2003), a Constituição se coloca como farol frente às demais matérias ordenadas no direito.

Não poderia a Magna Carta abrir lacunas para contradizer seu preceito maior. Assim, o constituinte assegurou de modo expresso, em um rol taxativo, nos incisos XLVI e XLVII do artigo 5º, os tipos de penas: “privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos”. Não há previsão legal para tratamento desumano ou degradante (FERREIRA; ABREU, 2019).

As Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da ONU⁴, no item 58, advertem que a pena privativa de liberdade deve servir para resguardar a sociedade contra os delitos. Desígnio que só poderá ser alcançado “(...) se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade o delinquente

⁴ A prisão e outras medidas cujo efeito é separar um delinquente do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à autodeterminação, privando-o da sua liberdade. Logo, o sistema prisional não deverá, exceto por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

não apenas queira respeitar a lei e auto sustentar-se, mas também, que seja capaz de fazê-lo” (FERREIRA; ABREU, 2019, p. 10).

A Lei de Execução Penal introduziu, no ordenamento jurídico do Brasil, as normas para execução da pena, para a busca e a punição do agente e a sua ressocialização. Seu artigo 1º determina que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

A LEP estabelece uma série de direitos e garantias que visam impedir exageros e/ou irregularidades, na execução da pena, que prejudiquem a dignidade humana do apenado, preservando condições e direitos para que consiga desenvolver-se sentido à reintegração social (MIRABETE, 2007). Seu artigo 11 determina ser dever do Estado garantir a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde do apenado.

Contudo, apesar de a teoria expor e fundamentar diversas garantias, o devido processo legal, o respeito à dignidade do apenado e os preceitos da Declaração dos Direitos Humanos, a versão real dos fatos é totalmente diferente, envolta a um cenário de abusos, violência, marginalidade e discriminação.

Há tempos persistem condições deploráveis, que configuram um descaso do Poder Público, uma omissão estatal e o problema não fica restrito aos grandes muros de concreto das prisões, ele o atravessa e afeta diariamente a sociedade.

Entre os anos de 2007 e 2008, foi realizada uma Comissão Parlamentar Inquérito, organizada pela Câmara dos Deputados Federal, que investigou o sistema prisional brasileiro.

No ano de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, apoiando-se na tese colombiana de “Estado Inconstitucional das Coisas”, a fim de exigir uma posição mais enérgica do Estado, quanto ao sistema carcerário vigente.

Em menos de oito anos, de 2008 a 2015, houve duas notórias “denúncias” ao Judiciário (ADPF nº 347/2015 e Recurso Extraordinário nº 588.252 do Mato Grosso do Sul), clamando por uma reforma ou uma melhoria para um problema tão latente.

Esses dados formam uma visão nacional. Possivelmente, estreitando a problematização aos sistemas carcerários no estado de São Paulo ou, até mesmo, no município de Ribeirão Preto, o resultado não seria diferente (LAGE; BRUGGER, 2017).

Assim, o colapso existente do sistema prisional brasileiro é algo que desafia todos entes estatais, todos os poderes e a sociedade. É um assunto que necessita de atenção e pronta modificação.

Em 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu o voto no Caso do Presídio de Mato Grosso do Sul (ADPF nº 3456), descrevendo minuciosamente o sofrimento miserável dos presos. Com propriedade, propôs, na ocasião, a utilização do instituto da remissão da pena como um dos meios alternativos para sanar a superlotação carcerária, em prol do princípio da dignidade da pessoa humana.

Até um determinado ponto, o contexto dos presídios brasileiros poderia ser considerado como descaso do Estado para com a instituição do cárcere e sua estrutura física. Infelizmente, esquece-se que se tratam de pessoas, a quem são garantidos direitos fundamentais.

Atualmente, acontecem, dentro dos presídios, violações massivas de direitos fundamentais e violências diárias, que refletem intimamente na dignidade da pessoa humana e compõem o seguinte quadro: superlotação de celas, pessoas amontoadas, sem espaço suficiente, precariedade das estruturas e instalações prisionais, insalubridade, locais fétidos, sem ventilação e iluminação.

Quanto ao cárcere feminino, ressalta-se a falta de estabelecimento próprio para os berçários ou creches para abrigar as crianças maiores de seis meses e menos de sete anos, falta de cuidado com a saúde das gestantes, não sendo assegurado o acompanhamento médico durante a gestação, carência de ginecologistas, de fornecimento regular de absorventes ou outros materiais de higiene (BRASIL, 2015).

As pessoas transexuais sofrem violência física e psicológica, não têm respeitado o seu gênero, estando confinadas com outros homens cis, pois não há uma divisão para aloca-las ou se há, não é respeitado, pelo preconceito incrustado (BRASIL, 2015).

O cárcere brasileiro é uma aglomeração de umas proporções gigantescas, cuja consequência lógica é a rebelião, o aumento de doenças, do índice de reincidência etc. Assim, “por conta de tudo isto, não raro, que surgem rebeliões em presídios ao longo do país, as quais resultam normalmente em diversas mortes e atrocidades – cometidas tanto pelos rebeldes, quanto pelos policiais que são convocados para a supressão da rebelião” (BORGES; GUIMARÃES, 2013, p. 88).

Nesse sentido, “praticamente todos os penalistas contemporâneos são refêns de discursos e justificação da pena, e logo, de legitimação do poder punitivo – todos procuram responder ao por que punir.” (KHALEDE JR, 2016, p. 75).

Chega ser um reconhecimento unânime que a pena e o sistema carcerário não cumprem a função de recuperar ou ressocializar, prevista em diversos dispositivos da Lei de Execução Penal. Caso haja, o mínimo de “recuperação”, é um índice pequeno, comparado ao número de detentos, 740 mil.

A união entre reincidentes, primários, preventivo agrava a situação. Assim os presídios abrigam presos e mais presos, e sem essa divisão, instiga-se para “agregar qualificadoras de um preso para outro”. Ou seja, uma pessoa que foi condenada por um furto simples, passar a ter convivência com um homicida ou com quem praticou roubo com porte de armas. Essas situações mostram que poderia haver um cumprimento de pena diferenciado (BRASIL, 2015).

Reiterando o mencionado acima, roga-se para o senso de urgência da propositura em meios acadêmicos, legislativos e sociais, para propositura de políticas alternativas para minimizar este problema que é tão eminente.

3 ATIVISMO JUDICIAL

A primeira aparição do termo ativismo judicial ou judicialismo foi registrado no caso *Marbury vs Madison*, nos Estados Unidos, em 1803, primeiro caso de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Após essa decisão ocorreu uma completa mudança na visão estabelecida entre os três poderes. Desse período em diante, o Judiciário passou a também exercer a função de rever as leis e normas que estariam contrárias à Constituição (GUEDES, 2012).

Segundo Barroso (2009), o ativismo é um fenômeno jurídico que tem por característica uma posição proativa do poder judiciário, interferindo de maneira significativa na atuação dos demais poderes. Em outras palavras:

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 encontra 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. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria (BARROSO, 2012, p. 23).

Essa manifestação pode ocorrer, por exemplo, com a aplicabilidade de forma da Constituição Federal em situações não previstas no texto constitucional pelo constituinte, nas declarações de inconstitucionalidade dos atos normativos editados pelo legislativo no poder de estabelecer aos órgãos públicos ações ou abstenções em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 28). Dessa forma,

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 25).

O processo legislativo brasileiro é rígido, ou seja, sua modificação é complexa. Então, utiliza-se o judicialismo como short cut, visando à celeridade e à finalidade de garantir que todos os direitos fundamentais, que, no caso em tela, seria a melhoria da situação carcerária por meio da redução da população.

Em que pese ser função do Poder Legislativo promover quaisquer alterações nas leis, em determinados casos, não se pode aguardar o desenrolar legislativo. Desde modo, prudente que o Poder Judiciário evoque essa função, emanando decisões no campo do Executivo e do Legislativo, para assegurar os direitos fundamentais.

A utilização do judicialismo vem com finalidade não de um poder adentrar ao outro, mas de sanar a inércia do Legislativo e Executivo. Assim, ficaria a cargo dos magistrados a filtragem ou (re)modelagem na aplicação do Código de Processo Penal. A Constituição Federal é o centro do sistema jurídico, criando um nível de juridicidade superior e vinculante a atos e decisões.

Com o sistema de freios e contrapesos, o Judiciário passa a atuar em duas frentes: corrigindo atos oriundos dos outros poderes (Executivo e Legislativo), e preenchendo as lacunas decorrentes da omissão na execução de políticas que deveriam estar previamente disponibilizadas aos seus destinatários. Com isso, ocorre uma relativização do princípio da separação de poderes (BARROSO, 2012).

Essa relativização na separação dos poderes estabelece o cerne de grande discussão doutrinária. Pode ou não haver essa interferência? Em havendo, até que ponto seria

tolerável o Poder Judiciário avocar para si as responsabilidades que deveria estar a cargo do Legislativo e Executivo?

Diante do tema proposto nesse trabalho, quando se pensa na utilização do judicialismo, cabe invocar a ponderação ou sopesamento de Robert Alexy. Não se trata de uma “briga de egos” sobre competência.

Cumprе ressaltar temáticas fundamentais para sociedade: saúde, educação e o sistema prisional. Nesses campos, algumas decisões devem ser tomadas com mais agilidade, daí a brecha para que o Judiciário tome a frente e decida no “lugar” do Legislativo, pois não poderiam aguardar todo trâmite necessário.

Quanto ao sistema prisional e a (in)eficácia das políticas públicas, sugere-se a utilização do judicialismo para promoção de direitos e mecanismo para minimizar o número do presos, que infla no índice populacional carcerário. Desenvolve-se aqui um raciocínio lógico: havendo a uma filtragem sobre a aplicação da pena e sobre os tipos de prisão, conseqüentemente, teremos um número menor de presos.

O futuro ainda não existe. O que existe é o aqui e agora. Se não dermos a segurança jurídica necessária à população carcerária e a todos os cidadãos, incorremos no risco de perpetuar uma administração pública à margem das necessidades da nossa sociedade. “Viver é perigoso”, diria Guimarães Rosa. Então cabe a todos os poderes e, aqui, de modo especial ao Judiciário empreender todos os meios possíveis para promover a defesa da vida, da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o legislador encontra-se vinculado à Constituição como ordem jurídico-normativa fundamental. Em tese, temos um ordenamento puramente humanista, entretanto, luta-se para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais.

Conforme relatado nessa pesquisa, o poder público persiste em trilhar caminhos contrários aos direitos fundamentais, principalmente se tratando da população carcerária, que não têm sua segurança garantida, seja física, psicológica ou jurídica.

Talvez seja penoso o debate posto em pauta, contudo é uma problemática para a qual se deve, com urgência, buscar uma solução. O direito tem o dever, enquanto regulador da sociedade, de garantir a todos a equidade, a dignidade e os direitos fundamentais. O próprio jurista Lênio Streck (2004), afirma que o direito brasileiro não

enfrenta os problemas, cria-se leis, códigos, doutrina mas falta uma sensibilidade para voltar ao trabalho árduo de depositar uma maior fé e vontade em desenvolver corretamente e coerentemente e meios que chega a solucionar estes problemas e outros.

Buscou-se, neste trabalho, fazer alguns apontamentos quanto ao sistema prisional, em especial, utilizando o judicialismo como meio alternativo para uma filtragem na aplicação do Código de Processo Penal, uma vez que, por mais que existam políticas públicas para tratativa do tema, essas não vêm desenvolvendo adequadamente o seu papel.

O judicialismo vem em prol justiça social. Através de uma nova visão, teremos um direito penal, processual como *ultima ratio*. Se bem arquitetada, a estratégia não só irá desafogar as vias judiciárias, mas contribuirá com a diminuição da população carcerária, a diminuição dos índices de reincidência, com a melhoria da infraestrutura e condições dos presídios.

É necessário incluir os excluídos, principalmente aqueles que se encontram alijados do poder e do espaço democrático de cidadania social e jurídica e fazer valer seus papéis de cidadãos, retirando-os do limbo jurídico e social no qual se encontram sem voz, sem vez e sem lei.

Quando o Estado não consegue cumprir uma política pública, tal qual é conceituada, é necessário um instrumento capaz minimizar os danos. Assim, essa é a ideia e a proposta central da pesquisa. Fazer com que o magistrado, dentro dos seus limites jurisdicionais, consiga transpor um novo rosto do processo penal, assegurando os direitos fundamentais.

Assim, espera-se que os juízes da área penal tenham a consciência de como são estruturados os cárceres e atuem na medida necessária para sanar a inércia legislativa em reformular o código penal atual.

A superpopulação é um dos principais problemas no âmbito carcerário, sobretudo, porque traz consigo outras problemáticas (como a falta de infraestrutura), influenciando nas condições materiais, psicológicas e nas condições de saúde dos apenados, fato mais recentes que temos é o Covid-19, que tem se alastrado dentro dos muros de concretos.

Assim, ante as considerações trazidas ao debate, com vistas à proteção à dignidade da pessoa humana, entende-se que a atuação judicial de forma mais ativa no

processo penal é um meio que irá diminuir a população carcerária e, conseqüentemente, contribuir com a concretização e eficácia dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Almiro Alves; FERREIRA, Josiane Pantoja. A dignidade da pessoa humana e a prisão no Brasil. *In: II Seminário Internacional em direitos humanos e sociedade*, 2019, Criciúma, **Anais** [...] Criciúma: FAPESC, 2019, p. 1-13.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Anna Paula. Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana. **Revista de Direito Administrativo**. v. 254, p.40-61, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.23-32, 2012.

BORGES, Paulo César Correa (coord.); MARTINS, Alessandra Beatriz *et al.* (cols.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal**: temas atuais. São Paulo: UNESP, 2007.

BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **Perspectivas contemporâneas do cárcere**. São Paulo: UNESP, 2010.

BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal**. Temas atuais. São Paulo: UNESP, 2017.

BORGES, Paulo César Correa; GUIMARÃES, João Vitor Melo de Oliveira. O Sistema Penitenciário brasileiro como índice e medida do grau de civilização nacional. **Direito & Justiça**. v. 39, n. 1, p. 83-93, jan./jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 09 set. 2015. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.
Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e

degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível) Rel. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Cynthia Soares. Direitos humanos e direito internacional das mulheres: a luta feminista contra a discriminação e a violência de gênero. *In*: SEVERI, Fabiana Cristina; ZACARIAS, Laysi da Silva (Org.). **Coleção relatórios NAJURP Direitos Humanos das Mulheres**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. p. 39-48

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. *In*: **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora UNESP; 2013. p. 282: il.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. Para além da Judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das Políticas Públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Páginas Letras, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n.51, p. 103-125, 2004.

FERRARI, Philippe Cunha. **Justiça Itinerante**: de barco, de ônibus e de avião em busca da justiça. São Paulo: Multifoco, 2017.

GUEDES, Néviton. Constituição e poder: O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. [S.I.]: **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>.

HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHALED JR.; SALAH, H. **Justiça social e Sistema Penal**. 1.ed. Cidade: Rio de Janeiro Lumen juris, 2016.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, Volume 2, Número 5, 2017, p. 193-240.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal introdução à crítica**. Editora Saraiva, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **O caos do sistema carcerário é também responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público**. Sobre a infeliz entrevista do corregedor-geral de Justiça 2017. Disponível em: <https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/423635828/o-caos-do-sistema-carcerario-e-tambem-responsabilidade-do-poder-judiciario-e-do-ministerio-publico>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013 p. 83-96.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA; PIMENTEL. O sistema carcerário no Brasil e sua ineficiência. **Caderno Humanidades em Perspectivas**, v. 5 n. 3, 2019, p. 98-11. 102.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**. 2014, n. 93, p. 201-232.

NUCCI, Guilherme. Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Hilderline Câmara de. A falência da política carcerária brasileira. **III Jornada Internacional de Políticas Públicas** São Luís – MA, 2007. Disponível em: <http://www.joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/7747d19a7e9a8726e4faHilderline.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da ONU**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Princípios e Boas práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosPPL.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR - revista internacional de direitos humanos**. Ano 1, Número 1. 1º semestre de 2004. p. 20-48

RANGEL, André Farias; BARBOSA JUNIOR, Narciso da Silva. **Direitos fundamentais e sociais no Brasil**: uma análise do ativismo judicial e seus reflexos na sociedade, 2011, p 1-29.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e proibição de retrocessos social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletronica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 21, mar./abr./mai. 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Cidadania e Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; Bertolin, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina. **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; Bertolin, Patrícia Tuma Martins. **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Atlas, 2013.

STOBBE, Emanuel Lanzini; PAVÃO, Aguinaldo. A dignidade da pessoa humana em Kant relacionada à teoria da justiça de Rawls. **Kant e-Prints**. Campinas, Série 2, v. 8, n. 2, p.102-112 jul./dez., 2013.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WU, Linda Luiza Johnlei. O princípio da proporcionalidade e seus aspectos éticos, 2007, p.48. *In*: BORGES, Paulo César Corrêa. O princípio da igualdade na perspectiva penal. **Temas atuais**. São Paulo: Editora UNESP, 2007.