

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

JOÃO FRANCISCO AMARAL NETO

**AS POSSIBILIDADES E OS ENTRAVES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS PARA A
DECLARAÇÃO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” NO
CONTEXTO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

São Luís

2017

JOÃO FRANCISCO AMARAL NETO

**AS POSSIBILIDADES E OS ENTRAVES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS PARA A
DECLARAÇÃO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” NO
CONTEXTO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Maria da Costa
Gonçalves

São Luís

2017

**Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA**

Amaral Neto, João Francisco

As possibilidades e os entraves jurídico-constitucionais para a declaração do "estado de coisas inconstitucional" no contexto do sistema prisional brasileiro / Elna Maria Leão Lemos. -2017.

64 f.: il.

Orientador(a): Cláudia Maria da Costa Gonçalves

Monografia (Graduação) - Curso de Direito,
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Sistema prisional brasileiro. 2. Estado de coisas inconstitucional. 3. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. 4. Constituição Federal de 1988. I. Gonçalves, Cláudia Maria da Costa II. Título

JOÃO FRANCISCO AMARAL NETO

**AS POSSIBILIDADES E OS ENTRAVES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS PARA A
DECLARAÇÃO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” NO
CONTEXTO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cláudia Maria da Costa Gonçalves (Orientadora)

(Examinador)

(Examinador)

Dedico esta conquista ao meu avô Joquinha (*in memoriam*), meu oráculo.

Obrigado, vovô, pelas profecias vaticinadas a meu respeito.

Nunca me esquecerei de que sobre mim repousa o quilate do teu nome.

AGRADECIMENTOS

Ao Eterno Deus, aquele que era, que é e que há de vir.

À minha mãe, a força que me move a continuar sonhando e acreditando.

Ao meu pai e aos meus irmãos, por sonharem comigo.

À minha tia Ana Cláudia, pelo apoio incontestado.

Aos demais familiares e amigos que sempre torceram por mim.

À Profa. Dra. Cláudia Gonçalves, meu baluarte intelectual.

Ao NEDH-Bio, por ter forjado em mim o apego à pesquisa acadêmica e ao fazer científico.

“[...] Temos, porém, este tesouro em vasos de barro, para que a excelência do poder seja de Deus, e não nossa. De todos os lados, somos pressionados, mas não desanimados; ficamos perplexos, mas não desesperados; somos perseguidos, mas não abandonados; abatidos, mas não destruídos [...]”.

RESUMO

O trabalho em apreço tem como escopo analisar a possibilidade da declaração do sistema prisional brasileiro enquanto “Estado de Coisas Inconstitucional”, a partir do julgamento das medidas cautelares na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, discutindo os entraves jurídico-constitucionais desse instituto. Por isso, também possui como objetivos analisar a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional; estudar a origem do Estado de Coisas Inconstitucional, a partir das decisões da Corte Constitucional Colombiana; discutir a situação carcerária, no Brasil, a partir da normatividade da Constituição Federal de 1988; e abordar a concessão de medidas cautelares na ADPF nº 347.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

The work in esteem has as a scope to analyze the possibility of declaration of the Brazilian prisional system as a "Unconstitutional State of Things", from the judgment of the precautionary measures on the request for non-compliance of basic principles (ADPF) n° 347, discussing the constitutional-juridical obstacles of this institution. That's why it also has as goals analyze the characterization of the unconstitutional State of Things from the decisions of the Colombian Constitutional Court; discuss the carceral situation, in Brazil, from the normativity of the Federal Constitution of 1988; and to approach the concession of precautionary measures on ADPF n° 347.

Keywords: Brazilian prisional system. Unconstitutional state of things. Request for non-compliance of basic principles n° 347. Federal Constitution of 1988.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	13
2.1	Conceitos e sentidos de uma constituição	13
2.2	Constituição de 1988: entre o “oficial” e o “real”	16
2.3	O estado de coisas inconstitucional e medidas congêneres no direito comparado	18
2.4	Os pressupostos de configuração do estado de coisas inconstitucional	22
3	A REALIDADE DOS CÁRCERES BRASILEIROS	24
3.1	Superlotação	24
3.2	Presos provisórios	27
3.3	Acesso à justiça	29
3.4	Infraestrutura e organização dos presídios	31
3.5	Assistência material ao preso	34
3.6	Assistência à saúde	35
3.7	Educação	38
3.8	Trabalho do preso	39
3.9	Tortura, sanções ilegítimas e uso da força	40
3.10	Mulheres encarceradas	41
4	A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES	43
4.1	A experiência brasileira: ADPF nº 347	43
4.1.1	A violação a preceito fundamental	44
4.1.2	Atos do Poder Público	46
4.1.3	Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade	48
4.1.4	O julgamento cautelar da ação	48
4.2	Separação de poderes <i>versus</i> dignidade da pessoa humana e supremacia constitucional	53
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
	REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Das Revoluções liberais burguesas até hoje, séculos foram volvidos, pessoas, com sonhos e esperanças, quer no âmbito familiar, quer nas grandes lutas públicas, sentiram, sofreram, enfim, viveram [...].¹

A violência, a fragilidade institucional e, sobretudo, o hiato entre o “Brasil oficial” e o “Brasil real” são pechas na historiografia tupiniquim. Assim é que, apesar de o texto da Constituição da República Federativa brasileira de 1988 ser pródigo em dispositivos de cunho garantista, visando assegurar a proteção da dignidade da vida – humana e não humana -, há um abismo flagrante entre a prescrição da norma e a realidade de tantos indivíduos “invisíveis”. E é, nesse cenário de invisibilidade, que exsurge a nefasta realidade carcerária do país.

Nelson Mandela, em irretocável lição, vaticina que “ninguém pode dizer conhecer a realidade de uma nação até adentrar em suas prisões”.² De fato, uma nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus “privilegiados”, mas, sim, pelo modo como trata os seus “excluídos”. O Brasil, por exemplo, se declara um país “emergente” (ou “em desenvolvimento”). No entanto, a despeito de critérios político-econômicos, as prisões brasileiras combinam mais com predicativos negativos do que positivos.

Deste modo, tornou-se lugar-comum a declaração de que o sistema prisional brasileiro é bárbaro e trata como “menos gente” a população encarcerada. Pode-se dizer, então, que os estabelecimentos penais brasileiros são, em geral, verdadeiros palcos de horror. As cenas reais traduzem-se em celas superlotadas e insalubres, com temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos de higiene básico, o que facilita a proliferação de doenças infectocontagiantes e tantos outros males.³

Homicídios, torturas físicas, psicológicas e violência sexual são condutas flagrantemente praticadas em face dos encarcerados, seja por outros detentos ou – o que é mais grave ainda – por agentes do próprio Estado. Por óbvio, faltam, aos presos, assistência jurídica e judiciária adequadas, bem como acesso à educação, à saúde e ao trabalho.⁴

¹ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 79.

² MANDELA, Nelson. **Longa caminhada até a liberdade**. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.

³ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI do sistema carcerário**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁴ Ibid.

Este cenário é, portanto, incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)/88. Afinal, a Carta Política consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, III) como baluarte de todo o ordenamento jurídico. Nessa mesma perspectiva, são desrespeitados, entre tantos outros, os seguintes comandos normativos: a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a vedação de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, "e"); a presunção de inocência (art 5º, LVII); o cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); o respeito à integridade física e moral dos presos (art 5º, XLIX).⁵

Tal quadro, também, não condiz com o que prescrevem os textos de diversos tratados que versam sobre direitos fundamentais internacionais ratificados pelo Brasil, a exemplo do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (1966), da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes (1984) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969). Há que se falar, também, nas graves ofensas à Lei de Execução Penal (lei nº 7.210, de 1984).

Deste modo, como propugnado alhures, não faltam normas jurídicas que reverenciem os direitos dos presos brasileiros. Infelizmente, o que tem faltado ao Estado brasileiro, nos seus diversos poderes e instâncias federativas, é o reconhecimento da “força normativa da Constituição”,⁶ de modo a transpor, de suas “folhas de papel”⁷ para a realidade, o pacto constitucional de garantia da dignidade da vida, da vida do preso. Não basta, portanto, a mera declaração de direitos, como já apregoava Norberto Bobbio.⁸ É preciso, sim, efetivá-los.

E, nesse contexto de alinhamento com a “vontade de Constituição”,⁹ de sentimento com o texto constitucional,¹⁰ surge a fecunda técnica decisória do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Tal instrumento não está expressamente previsto na Constituição de qualquer Estado ou em qualquer outro instrumento normativo, porém, permite o enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de

⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

⁷ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

⁹ HESSE, op. cit.

¹⁰ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

falhas estruturais em políticas públicas que envolvam grande contingente de pessoas e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais.

Essa técnica vem sendo utilizada desde 1997 e já foi empregada em, pelo menos, 9 casos pela Corte Constitucional colombiana, tendo um deles versado exatamente sobre o sistema prisional do país. Trata-se do processo T-153, de 1998.¹¹

Para o reconhecimento do ECI, exige-se, portanto, que estejam presentes as seguintes condições: vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; a superação das violações de direitos como pressuposto para a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos; potencialidade de congestionamento da Justiça se todos os que tiverem os seus direitos violados recorrerem, individualmente, ao Judiciário.

Em síntese, ao declarar o ECI, o “juízo constitucional” reconhece a existência de uma violação massiva e estrutural de direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema.

Daí, que, a partir da experiência colombiana, a ideia do controle do ECI foi também adotada pela jurisdição constitucional de outros Estados, a exemplo do Brasil, no julgamento das cautelares da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em 2015.¹²

Convém ressaltar, no entanto, sob a ótica do princípio da separação de poderes e, por isso, do princípio interpretativo da justiça, que tal técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, já que leva o Judiciário a assumir uma “função atípica”.

Pois bem. O estudo em apreço divide-se em três seções. Na primeira, analisar-se-ão o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, as medidas congêneres no direito comparado e os pressupostos de configuração do ECI, discorrendo-se, também, acerca dos

¹¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998, de 28 de abril de 1998. Establecimiento carcelario-condiciones de hacinamiento/establecimiento carcelario-perspectiva histórica del hacinamiento en Colombia/Ley de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria-descongestión carcelaria/establecimiento carcelario- algunas causales explicativas de la congestión/establecimiento carcelario-infraestructura y administración/establecimiento carcelario-consecuencias del hacinamiento. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

conceitos e sentidos de uma Constituição e dos hiatos porventura existentes entre uma “Constituição real” e uma “Constituição jurídica”.

Na segunda seção, abordar-se-á o flagrante quadro de inconstitucionalidades presente no sistema prisional brasileiro, discutindo-se a situação carcerária a partir da normatividade da CRFB/88.

Já na terceira seção, analisar-se-á a experiência brasileira quanto ao julgamento das cautelares da ADPF nº 347, discorrendo-se acerca das possibilidades e dos entraves jurídico-constitucionais para a adoção do ECI no contexto do sistema carcerário. Na oportunidade, firmar-se-ão, ainda, as balizas de atuação jurisdicional frente ao princípio da separação de poderes.

Por fim, convém frisar que são extraídos da obra de Pierre Bourdieu os aportes metodológicos a serem utilizados nesta proposta de trabalho, a exemplo da “dúvida radical”, do “pensar relacional” e da ruptura com o senso comum, notadamente, o “senso comum erudito”.¹³

¹³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 Conceitos e sentidos de uma constituição

É certo que constituição, *latu sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação.¹⁴

Existem, porém, várias concepções a serem tomadas para definir o termo “Constituição”. Alguns autores discorrem sobre a ideia da expressão “tipologia dos conceitos de Constituição” em várias acepções.¹⁵

Na lição de Carl Schmitt, encontra-se o sentido político, que distingue “Constituição” de “Lei Constitucional”. De acordo com o autor, em sua obra “Teoría de la Constitución”,¹⁶ a Constituição seria uma decisão política fundamental, que comporta matérias como a estrutura e órgãos do Estado e direitos individuais, entre outros.

Daí, conforme pondera José Afonso da Silva, ao apresentar o pensamento do jurista alemão, Constituição

[...] só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc); as leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental.¹⁷

Com base nesse conceito, podem ser visualizadas normas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais. Segundo a concepção formal, considera-se Constituição o conjunto de normas escritas, produzidas por um processo mais solene, diferenciado daquele seguido para a elaboração das demais regras jurídicas, fruto do exercício de um poder soberano e que serve de fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico.¹⁸

Em outras palavras, pelo conceito formal de Constituição, o que se privilegia não é o conteúdo, mas a maneira, o procedimento de aprovação dos dispositivos que a integram. Nesse contexto, surgem como exemplos de normas que compõem o conceito de Constituição todas aquelas que possuem assento no texto formal.

¹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

¹⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁶ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40.

¹⁸ SPITZCOVSKY, Celso. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Método, 2013.

Por outro lado, tomando por base o critério material, considera-se Constituição o conjunto de normas estruturais de uma determinada sociedade política. Observa-se, pois, que, sendo a ênfase dada para o conteúdo da norma e não mais para a forma que a reveste, nem todas integrantes do texto formal seriam, necessariamente, consideradas constitucionais.

Assim é que somente fazem jus à essa condição aquelas que definam e tratem das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais, a exemplo das que disciplinam a forma de Estado e de governo, seus órgãos, o relacionamento entre os poderes e os direitos fundamentais.

Portanto, ao se eleger o critério material, torna-se possível encontrar normas constitucionais que não estejam dispostas no próprio texto constitucional, vez que o que importa é a sua matéria, e, não, a sua forma de introdução no ordenamento interno.

Ademais, uma Constituição também pode ser definida em sentido jurídico. Hans Kelsen é o representante desse sentido conceitual, alocando a Constituição no mundo do “dever ser”, e, não, no mundo do “ser”, caracterizando-a como fruto da “vontade racional” do homem, e, não, das leis naturais.

No início do século XX, o jurista relata, em sua obra “*Teoria Pura do Direito*”,¹⁹ uma concepção de ciência jurídica com a qual se pretendia finalmente ter alcançado, no Direito, os ideais de objetividade e exatidão. Visando a alcançar essa finalidade, Kelsen propõe como regra metodológica principal a extração de qualquer conteúdo valorativo da norma. Ele mesmo reconhece:

A norma fundamental de uma ordem jurídica não é de forma alguma uma norma de justiça. Por isso, o direito positivo, isto é, uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz, nunca pode estar em contradição com a sua norma fundamental, ao passo que esta ordem pode muito bem estar em contradição com o direito natural, que se apresenta com a pretensão de ser o direito justo.²⁰

José Afonso da Silva, traduzindo o pensamento de Kelsen, conclui que

[...] = Constituição é, então, considerada *norma* pura, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*. De acordo com o primeiro, *Constituição* significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição *jurídico-positiva*, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.²¹

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²⁰ **Id.** **A justiça e o direito natural**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963. p. 170.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.

Observa-se, assim, que o jurista de Viena descreve a existência de dois planos distintos no Direito, conforme acima salientado por José Afonso da Silva: o jurídico-positivo e o lógico-jurídico. Aquele, “corporificado” pelas normas postas, positivadas. O outro (lógico-jurídico) situa-se em nível do suposto, do hipotético. Uma são normas postas; outras, supostas.²²

Em suma, o que Kelsen propõe é um “escalonamento de normas”, uma constituindo o fundamento de validade de outra, numa “verticalidade hierárquica”. Daí, uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior, e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional, estabelecendo-se, assim, o princípio da supremacia da Constituição.

Valendo-se do sentido sociológico, Ferdinand Lassale, em seu livro “*A essência da Constituição*”, defende que uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso contrário, esta seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples “folha de papel”.²³

A Constituição, segundo a conceituação de Ferdinand Lassalle, seria, então, o somatório dos “fatores reais do poder”, dentro de uma sociedade, isto é, o conjunto das forças vivas inerentes à economia, política, cultura e aspectos sociais.²⁴ Tem-se, com isso, que uma Constituição que não traduz exatamente a sociedade na qual é aplicada não é Constituição, senão, mera folha de papel.

De certa forma, esse pensamento ainda é bem atual. Desse modo, o “poder da força” seria superior ao das normas jurídicas, hipótese em que a normatividade se submetteria à realidade fática. A corroborar tal entendimento, a história constitucional ensina que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se, via de regra, superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submetesse à realidade fática.

No entanto, a crença absoluta nesse dogma levaria à conclusão de que a condição de eficácia da Constituição, isto é, a coincidência entre realidade e norma, constitui apenas um “limite hipotético extremo”, conforme lição de Konrad Hesse. Segundo o autor, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.²⁵

²² SILVA, 2003.

²³ LASSALLE, 2000.

²⁴ Ibid.

²⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

Destarte, esse entendimento significaria a própria negação da Constituição jurídica, de modo que a “ciência da Constituição” não estaria a serviço de uma ordem estatal justa; ao revés, teria apenas a função de justificar as relações de poder dominantes.

A fim de “filtrar” essa doutrina, portanto, é preciso admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão consiste, pois, em determinar se, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, existe também uma força determinante do Direito Constitucional, o que Hesse denominou “força normativa da Constituição”.²⁶

2.2 Constituição de 1988: entre o “oficial” e o “real”

[...] Declaro promulgado o documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil. Que Deus nos ajude para que isso se cumpra!²⁷

Com essas palavras, na tarde de 05 de outubro de 1988, o então deputado Ullysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, proclamava o atestado de existência da Constituição da República Federativa de 1988. Mais que uma simples Carta Política, o novo texto constitucional trazia a promessa de redemocratização do país, de abertura política e de garantia de direitos e liberdades individuais.

Todavia, em que pese o inegável caráter garantista da CRFB/88, ainda há, após quase trinta anos de sua promulgação, um abismo flagrante entre a prescrição dos mandamentos constitucionais e a realidade fática.

A par disso, o magistério de Cláudia Maria da Costa Gonçalves:

A historiografia constitucional do país esteve, por muitos anos e desde a sua origem, marcada pela excessiva e desconcertante importação de valores, o que causou, no mínimo, uma antinomia entre o *Brasil oficial* e o *Brasil real*. Nesse sentido, basta lembrar que a Constituição do Império de 1824 alicerçou-se nos postulados teóricos iluministas, próprios de países em ascendente processo de industrialização e com economias de mercado já configuradas pelas diretrizes liberal-burguesas do *laissez-faire*. Ocorre, todavia, que, em inteiro descompasso com o constitucionalismo francês e também inglês, estavam as bases sociais, econômicas e políticas do Império brasileiro, ainda assentadas na economia agrária, escravocrata, apresentando um contingente enorme de pessoas excluídas do processo decisório [...].²⁸

A professora frisa, mais adiante, que

²⁶ HESSE, 1991.

²⁷ BRASIL. Senado Federal. **Constituição faz 25 anos em sintonia com a voz das ruas**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/constituicao-faz-25-anos-em-sintonia-com-a-voz-das-ruas.htm>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

²⁸ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Assistência social às famílias nas constituições brasileiras: institucionalização dos espaços domésticos e poder**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 55-56.

[...] o autoritarismo político que, por muitos anos, manifestou-se no país, impediu também a adesão aos textos constitucionais. A título de exemplo, constata-se que, não obstante a luta dos trabalhadores, muitos dos direitos sociais nasceram e se afirmaram como concessões dos governantes em períodos de brusco cerceamento das liberdades civis. Assim, a sociedade brasileira, antes da Constituinte de 1987/1988, não aderiu à normatividade dos direitos fundamentais sociais como imperativo da própria dignidade humana [...].²⁹

Não obstante a isso, convém frisar, nas palavras da mesma autora, que

[...] os movimentos populares nascidos e desenvolvidos no decorrer do regime militar trouxeram à tona, como nunca antes, a politização de questões privadas, como, por exemplo, mulheres, crianças, adolescentes e idosos. Demandas como custo de vida, moradia, desemprego, saúde deixaram de ser levados adiante apenas por partidos políticos e sindicatos; ganharam, assim, novos interlocutores, tais como clubes de mães, uniões de moradores e movimentos populares ligados à Igreja Católica [...] a cidadania passou a ser entendida enquanto prática concreta de luta e de transformação [...].³⁰

Como se pode notar, a participação popular marcou significativamente o processo constituinte de 1987/1988 e, por isso, é forçoso reconhecer a amplitude normativa dos direitos fundamentais no Texto Constitucional. No entanto, torna-se imperiosa uma reflexão acerca das possibilidades e dos limites políticos e jurídicos para sua concretização.

Nesse ponto, relevante a lição de Konrad Hesse, que, em diálogo com a obra lassaliana, afirma, que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.³¹ Para essa concepção do Direito Constitucional, o mesmo autor afirma que está configurada, de modo permanente, uma situação de conflito entre “Constituição jurídica” a “Constituição real”.

A norma constitucional, portanto, não tem existência autônoma em face da realidade. Daí que Hesse, ao abordar o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, ensina que a sua essência reside em sua vigência. E a sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência.³²

Deste modo, o significado da ordenação jurídica somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu contexto e no seu condicionamento recíproco. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um “ser”, mas também de um “dever ser”. Ela é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação à ela.

²⁹ GONÇALVES, 2010, p. 56-57.

³⁰ **Ib. Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 120-121.

³¹ HESSE, 1991.

³² *Ibid.*

Portanto, os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver sua força normativa referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. Nas palavras de Hesse,

[...] a norma constitucional só atua se busca construir o futuro com base na natureza singular do presente. Mas a força normativa da Constituição não reside somente na adaptação inteligente a uma dada realidade. 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.³³

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza do presente, mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. E a efetividade dessa força normativa depende da amplitude da convicção acerca do que o autor denominou “vontade de Constituição”. Quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição.

De fato, os direitos fundamentais sociais encartados na Constituição Cidadã e nos demais diplomas normativos infraconstitucionais e internacionais encontram resistência em estruturas de poder. Por isso, possuem grande dificuldade de serem protegidos e realizados no Brasil.

Afinal, não basta a mera declaração de direitos, como já apregoava Norberto Bobbio; é preciso, sim, efetivá-los. Nas palavras do autor, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los.”³⁴

E é nesse contexto de alinhamento com a vontade de Constituição e de “sentimento com o texto constitucional”³⁵ que surge a técnica decisória do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, técnica adotada, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, para garantia e defesa dos direitos fundamentais internacionais dos encarcerados.

2.3 O estado de coisas inconstitucional e medidas congêneres no direito comparado

A Corte Constitucional da Colômbia tem desenvolvido uma fecunda técnica decisória voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Trata-se do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

³³ HESSE, 1991, p. 18-19.

³⁴ BOBBIO, 1992.

³⁵ VERDÚ, 2004.

Dito mecanismo, que não está expressamente previsto na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação.

Essa técnica vem sendo utilizada desde 1997 e já foi empregada em, pelo menos, nove casos pela Corte Constitucional colombiana, tendo um deles versado exatamente sobre o sistema prisional do país. Trata-se do processo T-153, de 1998, em que se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional daquele sistema penitenciário.³⁶

A ação ajuizada buscava, a princípio, resolver os casos concretos das prisões Bellavista e Modelo, localizadas, respectivamente, em Medellín e Santa Fé de Bogotá. Todavia, a decisão que dela se originou acabou por abordar todo o sistema carcerário do país.

Na decisão, a Corte colombiana destacou que

‘os cárceres colombianos se caracterizam pela superlotação, graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, império da violência, extorsão, corrupção e carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos reclusos’, podendo se deduzir, desta situação, ‘a violação de um leque de direitos fundamentais, como a dignidade, a vida, a integridade pessoal e os direitos à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência ...’.³⁷

Nas palavras da Corte, “ninguém se atreveria a dizer que os estabelecimentos de reclusão cumprem o papel de ressocialização [...] Pelo contrário [...] os cárceres são verdadeiras escolas do crime, geradoras de ódio, violência e corrupção”.³⁸

O Tribunal sublinhou, por outro lado, que, apesar do conhecimento geral da situação pelas autoridades, ele não ocupa “um lugar destacado dentro da agenda política”, não constituindo “um grande de pressão que possa fazer ouvir a sua voz”.³⁹

A decisão impôs uma série de medidas direcionadas a inúmeros órgãos públicos. Abaixo, alguns trechos de sua parte dispositiva:

Primeiro – ORDENAR que se notifique acerca da existência do estado de coisas inconstitucional nas prisões o Presidente da República; os presidentes do Senado e da Câmara dos Representantes; os presidentes da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça e as Salas Administrativas e Jurisdicionais Disciplinares do Conselho Superior da Magistratura; o Gabinete do Fiscal Geral da Nação; governadores e prefeitos; os presidentes das assembleias departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais; e representantes municipais.

[...]

Terceiro – ORDENAR ao INPEC, ao Departamento Nacional de Planejamento e ao Ministério da Justiça a elaborar, em um prazo de três meses a contar da notificação da presente decisão, um plano para a construção e renovação de presídios que vise a garantir aos presos condições dignas de vida nas prisões. A Defensoria do Povo e a Procuradoria Geral da Nação exercerão monitoramento sobre este ponto. Além

³⁶ COLÔMBIA, 1998.

³⁷ Ibid., p. 3.

³⁸ Ibid., p. 75.

³⁹ Ibid., p. 76.

disso, a fim de financiar inteiramente as despesas para a execução do plano de construção e renovação de presídios, o governo deve realizar imediatamente as diligências necessárias para que o orçamento do ano fiscal atual e posteriores incluam os montantes requeridos. Igualmente, o Governo comunicará as formalidades exigidas, a fim de que o referido plano de construção e renovação carcerária e as despesas necessárias para a sua implementação sejam incorporados ao Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento.

[...]

Quarto – ORDENAR ao INPEC, ao Departamento Nacional de Planejamento e ao Ministério da Justiça (...), a plena realização do plano de construção e renovação de presídios em um prazo máximo de quatro anos, de acordo com as disposições do Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento.

[...]

Sétimo – ORDENAR ao INPEC que, em um prazo máximo de quatro anos, separe completamente os internos provisórios dos condenados.

[...]

Nono – ORDENAR ao INPEC e ao Ministério da Justiça e de Direito e ao Ministério da Fazenda que tomem as medidas necessárias para solucionar as carências de pessoal especializado nas prisões e na guarda penitenciária.

[...]

Décimo – ORDENAR aos governadores, prefeitos e presidentes das Assembleias Departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais que tomem as medidas necessárias para dar cumprimento à sua obrigação de criar e manter seus próprios centros de reclusão.

[...]

Décimo-Primeiro – ORDENAR ao Presidente da República, como suprema autoridade administrativa, e ao Ministro da Justiça que, enquanto as obras de prisão ordenadas no presente julgamento estejam em execução, tomem as medidas necessárias para garantir a ordem pública e o respeito pelos direitos fundamentais dos reclusos nas prisões do país.⁴⁰

Outra decisão importante em que a Corte Constitucional colombiana reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional foi relacionado ao problema dos “deslocados” (*desplazados*). Trata-se de cerca de três milhões de colombianos que foram forçados a se deslocar, em razão da guerrilha e da violência generalizada que atingiu várias regiões daquele país.

Nessa decisão,⁴¹ a Corte impôs medidas a diversos órgãos e autoridades públicas, tendentes a sanar as falhas estruturais em políticas públicas que comprometiam os direitos da população deslocada.

A partir da experiência colombiana, a ideia do controle do Estado de Coisas Inconstitucional foi também adotado pela jurisdição constitucional de outros Estados, como o Peru.⁴²

⁴⁰ COLÔMBIA, 1998, p. 83-85.

⁴¹ Ib. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04, de 22 de janeiro de 2004. Agencia oficiosa en tutela-asociaciones de desplazados/agencia oficiosa en tutela-condiciones para que las asociaciones de desplazados interpongan la acción. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

⁴² Veja-se, por exemplo, Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente nº 03426-2008-PHC/TC, de 26.08.2010.

Em outros países, técnicas decisórias alternativas foram empregadas para a solução de grave e massificada afronta a direitos fundamentais. Nos Estados Unidos, por exemplo, elas foram usadas na tentativa de superação da segregação racial de fato em escolas públicas, melhoria de instituições psiquiátricas, e também para o enfrentamento dos gravíssimos problemas prisionais do país.⁴³

Nos chamados “*prison reform cases*”, cortes federais norte-americanas chegaram a declarar a inconstitucionalidade dos sistemas prisionais de quarenta e um estados.

O Judiciário, além de nomear interventores na administração dos sistemas prisionais, chegou ao ponto de elaborar “um amplo código para a administração das prisões, cobrindo aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário, assistência médica, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação”.⁴⁴

A jurisdição constitucional sul-africana tem também se imiscuído no campo da formulação de políticas públicas em casos envolvendo graves violações de direitos humanos. Um exemplo desta prática ocorreu no julgamento do famoso caso “*Grootboom*”,⁴⁵ realizado em 2000.

Na hipótese, tratava-se de centenas de pessoas miseráveis, que estavam vivendo em barracas improvisadas de plástico depois de terem sido despejadas da área particular que antes ocupavam, e que reivindicavam do Estado a garantia imediata de abrigos adequados.

Na Argentina, também houve a adoção de técnica similar, em caso atinente aos direitos fundamentais dos presos. No conhecido “caso *Verbitsky*”, um habeas corpus coletivo foi impetrado a favor de todas as pessoas privadas de liberdade na província de Buenos Aires que estavam detidas em estabelecimentos policiais superlotados.

No julgamento, a Corte Suprema do país, depois de reconhecer a inconstitucionalidade de tal situação, impôs diversas medidas imediatas, mas também a elaboração de um plano pela província de Buenos Aires, em diálogo com a sociedade civil, que deveria contemplar mudanças nas políticas criminais e prisionais, de modo a ajustar a

⁴³ Veja-se, a propósito, SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, n. 117, 2004. Para uma defesa deste modelo de atuação judicial, associado às *structural injunctions*, veja-se FISS, Owen. *The civil rights injunctions*. Bloomington: Indiana, 1978.

⁴⁴ FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how courts reformed america’s prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 40-41.

⁴⁵ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000).

situação dos detentos às regras mínimas sobre tratamentos de presos estabelecidas pela ONU.⁴⁶

Os exemplos acima elencados demonstram que quadros dramáticos e de séria afronta aos direitos humanos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas, demandam, não raro, intervenções atípicas dos “Tribunais Constitucionais”, a fim de dar concretude ao texto constitucional.

2.4 Os pressupostos de configuração do estado de coisas inconstitucional

O Direito Constitucional comparado fornece exemplos interessantes de intervenção da jurisdição constitucional diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais. Há experiências fecundas, nesta área, a exemplo das vivenciadas por países como Peru, Estados Unidos, África do Sul e Argentina.

É certo, porém, que uma das construções mais férteis, neste campo, tem origem na Corte Constitucional da Colômbia: o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Para reconhecimento do instituto, a Corte Constitucional da Colômbia exige que estejam presentes as seguintes condições, conforme aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos.⁴⁷

- a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas;
- b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos;
- c) a superação das violações de direitos como pressuposto para a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas;
- d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Verbitsky Horacio c/ s/ Habeas Corpus, Fallos 328:1146, julg. 3.5.2005. A esse respeito Cf. COURTIS, Christian. El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?. In: ABRAMOVICH, Victor. **Colapso del sistema carcelario**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina/Centro de Estudios Legales y Sociales, 2005.

⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 2015. 58 f. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O primeiro pressuposto, conforme acima delineado, é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e, sim, de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas.

Deste modo, em sua atuação, a Corte identifica um quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas.

O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais.

A ausência de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e, sim, o funcionamento deficiente do Estado, como um todo, que resulta na violação desses direitos.

O terceiro pressuposto, a seu turno, relaciona-se às medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá a configuração do determinado instituto quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de "remédios" e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e, sim, à uma pluralidade de órgãos e autoridades públicas.

Por derradeiro, tem-se que o instituto em apreço, por meio do manejo de um único instrumento – no caso brasileiro, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental –, garanta, a um só tempo, a proteção e garantia de direitos de todo um contingente atingido pela inércia estatal. Não se trata, portanto, de ações judiciais individuais, vez que, certamente, isso acarretaria sério abalo à celeridade e ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais.

3 A REALIDADE DOS CÁRCERES BRASILEIROS

“Abandonai toda a esperança, vós que entráis.”⁴⁸

A Constituição brasileira de 1988 é pródiga em dispositivos que visam a assegurar a proteção da dignidade humana de todos os indivíduos, presos ou libertos. Ditos mandamentos constitucionais são densificados, por sua vez, por diversas normas infraconstitucionais e internacionais.

A seguir, demonstrar-se-á, no entanto, o abismo existente entre o que prescrevem estas normas e a nefasta realidade carcerária do país.

3.1 Superlotação

Talvez o mais grave problema do sistema prisional seja a superlotação. A ocupação dos presídios para além das suas capacidades máximas inviabiliza a garantia das condições mínimas de higiene, saúde, segurança, privacidade e conforto para os presos.

De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

A superlotação [...] gera fricções entre os reclusos e incrementa os níveis de violência dos cárceres; dificulta que os presos disponham de um mínimo de privacidade; reduz os espaços de acesso aos chuveiros, banheiros, pátio etc; facilita a propagação de enfermidades; cria um ambiente em que as condições de salubridade, sanitárias e de higiene são deploráveis; e impede o acesso às – geralmente escassas – oportunidades de estudo e trabalho, constituindo uma verdadeira barreira para o cumprimento dos fins da pena privativa de liberdade.⁴⁹

O encarceramento em celas superlotadas viola a dignidade humana, consistindo em tratamento cruel e degradante, que atinge gravemente a integridade física e psíquica dos detentos. O ambiente das prisões superlotadas, ademais, frustra o objetivo de ressocialização da pena, e contribui para a instauração de um ambiente extremamente violento nas instituições prisionais, que fatalmente transborda para as ruas, comprometendo a segurança de toda a sociedade.

São múltiplas as causas da superpopulação, valendo destacar:

- a) a falta de investimentos na criação de novas vagas;
- b) o uso excessivo das prisões processuais;

⁴⁸ ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Tradução Cristiano Martins. 5. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989. 2 v.

⁴⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. [S. l.], 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

- c) a demora na tramitação de ações penais com réus presos e dos incidentes na execução penal;
- d) os equívocos em políticas criminais que apostam no endurecimento penal como meio de resolução de problemas sociais.

A Organização das Nações Unidas (ONU) definiu “Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros”⁵⁰ e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu “Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”.⁵¹ Tais documentos contêm importantes parâmetros internacionais atinentes a aspectos como as condições, tamanho, uso, capacidade, salubridade, lotação e ocupação de unidades prisionais e celas, os quais são sistematicamente inobservados no Brasil.

No plano infraconstitucional, a Lei de Execuções Penais e diversas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) trataram da matéria. O art. 85, *caput*, da Lei de Execuções Penais (LEP) dispõe que o “estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”. O art. 88 da mesma Lei determina, ainda, que o condenado deve ser alojado em cela individual que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório.⁵²

Apesar da existência dos limites apontados e de outros, a superlotação e as péssimas condições nas celas e unidades configuram a regra nos presídios brasileiros. Como já destacado, o Diagnóstico de Pessoas Presas, divulgado pelo CNJ, em junho de 2014, afirmou que então havia 563.526 detentos em nossas prisões, construídas para comportar apenas 357.219 indivíduos, o que representa um déficit de, pelo menos, 206.307 vagas.

Além disso, o diagnóstico demonstrou que, se houvesse maior eficácia no cumprimento de mandados de prisão em aberto, o déficit aumentaria para quase 730 mil vagas.⁵³

⁵⁰ Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento dos Infratores, Genebra, 22 agosto a 3 setembro 1955: relatório elaborado pelo Secretariado (Publicação das Nações Unidas. Edição n.1956.IV.4). Anexo IA alterado pelo Conselho Econômico e Social por meio da Resolução 2076 (LXII).

⁵¹ Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de 2009 (OEA Documentos Oficiales; OEA Ser.L), OEA/Ser.L/V/II.131 doc. 38.

⁵² BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁵³ O Conselho Nacional de Justiça divulgou em junho de 2014 o “Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil”, 2014. O pior Estado nesse quesito é Pernambuco, com 3,3 presos por vaga e um déficit de vagas de quase 230%. Outro caso emblemático é o do Estado de São Paulo, onde há um déficit de 91.706 vagas, o que representa cerca de 74% das vagas já existentes. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados das inspeções nos estabelecimentos penais**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 10 mar. 2017.

A CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário afirmou, em seu Relatório, que a superlotação “é a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”.

[C]elas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas [...] Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade.⁵⁴

O CNJ, nas suas inspeções, vem constatando o mesmo quadro deplorável. Em inúmeros presídios, o CNJ encontrou celas amontoadas de gente, com presos espremidos, às vezes sem camas ou colchões, dormindo em esquema de revezamento, no chão, em redes suspensas no teto, e até em “tocas” incrustadas nas paredes⁵⁵ ou de pé⁵⁶.

Em muitos deles, as celas não eram suficientes para abrigar todos os detentos e o cumprimento das penas se dava em banheiros, corredores, pátios, barracos improvisados e até mesmo em um canil.⁵⁷ Em Goiás, uma cela com capacidade para 2 detentos abrigava 35.⁵⁸ No Espírito Santo, por conta da completa falta de espaço para cumprirem suas penas, presos ficaram amontoados em contêineres metálicos sujeitos a elevadíssimas temperaturas.⁵⁹ As iniciativas dos Poderes Públicos voltadas ao equacionamento deste problema não prosperam, por falta de vontade política ou de competência. Em 2011, o governo federal lançou o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, que tinha o objetivo de criar 45.934 vagas novas em todo o país até o final de 2014, para reduzir a superlotação – número, de resto, absolutamente insuficiente.

⁵⁴ BRASIL, 2009, p. 247.

⁵⁵ Ib. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário Pernambuco**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutiraocarcerario/relatorios/Relatorio_Mutirao_Curado_PE_2014_alterado.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁵⁶ Ib. Conselho Nacional de Justiça. “**Mutirão constata déficit de 15 mil vagas em presídios de Pernambuco**”. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17054-mutirao-constata-deficit-de-15-mil-vagas-em-presidios-depernambuco>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ UOL NOTÍCIAS. **Espírito Santo deve responder por abusos cometidos em celas-contêineres, diz ONG**. 2010. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas_noticias/2010/09/06/apos-desativar-celasconteneres-espírito-santo-deve-responder-por-abusos-cometidos-diz-ong.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

Até agora, nenhuma das vagas foi criada. A União celebrou convênios com os Estados visando à realização de 99 obras. Destas, consta que 46 nem começaram, 33 estão paralisadas e só 20 estão em andamento, ainda que com grande atraso.⁶⁰

O número de presos no Brasil vem aumentando de forma exponencial ao longo dos anos. Tem havido um crescimento vegetativo de mais de 7% ao ano da nossa população carcerária. Mantido esse índice, será necessária a abertura de mais de 340 mil vagas para novos presos até 2020, a um custo adicional estimado de R\$ 12 bilhões.⁶¹

Assim, a construção de novos presídios não é solução suficiente para o problema da superpopulação, pois, se outras medidas não forem adotadas, a tendência é de que as novas vagas eventualmente criadas se tornem rapidamente insuficientes em face do aumento incessante da população prisional.

3.2 Presos provisórios

Intimamente relacionado ao problema da superlotação, está a questão dos presos provisórios. No sistema constitucional brasileiro, a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória deve ser medida excepcional, haja vista o princípio de presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF), que impede que as medidas constritivas de liberdade sejam empregadas como antecipação da pena.

Frisem-se, contudo, as recentes decisões cautelares do Supremo Tribunal Federal (STF) tomadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44. Por maioria, o Plenário do STF entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância⁶².

A despeito disso, entende-se que tais medidas constritivas só se justificam quando estiverem presentes os requisitos necessários à tutela cautelar. E só podem ser concedidas por meio de decisões judiciais criteriosamente motivadas, que realizem um cuidadoso juízo de proporcionalidade, no qual se atribua peso superlativo à liberdade individual, em razão da relevância deste bem jurídico em nosso sistema constitucional.

⁶⁰ MARIZ, Renata. Programa lançado em 2011 para construir prisões ainda não concluiu nenhuma. **O Globo**, Rio de Janeiro, 27 abr. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/programa-lancado-em-2011-para-construir-prisoas-ainda-nao-concluiu-nenhuma-15983462#ixzz4mMxfReYz>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁶¹ Dados do Depen contidos no voto-vista proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso no RE 580.525.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

Nada obstante, o uso da prisão antes do trânsito em julgado no Brasil vem sendo banalizado por decisões judiciais. Em 1990, o percentual de presos provisórios dentre a população carcerária era de 18%, sendo hoje de cerca de 41%. Neste interregno, o número total de presos provisórios cresceu no país mais de 1.450%.

Como destacou Gilmar Ferreira Mendes, “houve no Brasil, nas últimas décadas, um notório incremento no uso da prisão cautelar, o que bem evidencia a banalização”.⁶³

Não bastasse, pesquisa do IPEA e do Ministério da Justiça publicada em 2014 revelou ainda que mais de 37% dos réus submetidos à prisão provisória não são sequer condenados à pena privativa de liberdade ao fim do processo, o que “revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”.⁶⁴

Trata-se de mais uma comprovação da “trivialização” destas prisões, evidenciando o que o Ministro Ricardo Lewandowski designou de “*cultura do encarceramento*”, cuja incompatibilidade com a nossa Constituição o ministro destacou, com absoluta propriedade:

[...] nós temos hoje cerca de 600 mil prisioneiros encarcerados, e, o que é pior, 40% deste número representa presos provisórios. Mais de 240 mil brasileiros encontram-se sob a custódia do governo, do Poder Executivo do Estado Brasileiro, de forma provisória, de forma cautelar, sem ter muitas vezes se defrontado com um juiz e sem ainda ter sido condenados definitivamente, numa afronta evidente ao princípio da não culpabilidade, dos principais valores exibidos na nossa Carta Magna.⁶⁵

Os presos provisórios têm o direito de ficar separados dos condenados que cumprem pena (art. 84 da Lei de Execução Penal e art. 10.2, “a”, do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos). Todavia, é muito comum que eles sejam custodiados juntamente com os condenados, ou, pior ainda, obrigados a permanecer – às vezes por meses – em delegacias de polícia, cujas condições tendem a ser ainda mais degradantes do que as dos presídios.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior, “toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração”.⁶⁶ Não obstante, é bastante comum que presos provisórios permaneçam vários anos na prisão, antes de que se conclua o julgamento do processo em que são acusados.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 586.

⁶⁴ BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A aplicação de penas e medidas alternativas**: relatório de pesquisa: sumário executivo. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicacao-de-penas-e-medidas-alternativas>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁶⁵ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso Ricardo Lewandowski**. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/discurso-ricardo-lewandowski-durante.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 597-598.

Em caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, um cidadão foi mantido encarcerado por treze anos sem sentença transitada em julgado, tendo, nesse meio tempo, contraído doença pulmonar grave e perdido a visão de ambos os olhos em uma rebelião.⁶⁷

Por isso, faz-se necessária a implementação de medidas que contribuam para reduzir o uso das prisões cautelares, de modo a assegurar os direitos fundamentais dos acusados e minorar a superlotação das instituições prisionais. Dentre essas medidas estão a adoção das audiências de custódia, previstas no art. 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica e 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, e imposição de expressa motivação judicial para a não aplicação a casos concretos de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade, que serão abordadas adiante.

3.3 Acesso à justiça

Os presos têm direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF). A Constituição prevê o dever estatal de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV), determinando, ademais, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de **advogado**” (art. 5º, LXIII).⁶⁸

Nada obstante, este direito é sistematicamente violado na prática. Com efeito, em 65% dos presídios não há qualquer serviço de assistência jurídica prestado na própria unidade.⁶⁹ Tampouco há presença de defensores nas delegacias, por ocasião da formalização das prisões em flagrante.

Uma das razões para este quadro se deve ao fato de que a Defensoria Pública, instituição essencial à Justiça, nos termos do art. 134 da Constituição, possui um enorme déficit de defensores. Segundo dados do IPEA, a Defensoria Pública está presente em apenas 28% das comarcas brasileiras.⁷⁰ No Estado de São Paulo, por exemplo, que concentra a maior

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 802.435. 1º Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de outubro de 2006. **Diário da Justiça**, 30 out. 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9054360/recurso-especial-resp-802435-pe-2005-0202982-0/inteiro-teor-14234550?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁶⁸ BRASIL, 1988, não paginado.

⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório “A visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro”**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Relat%C3%B3rio_Vis%C3%A3o_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_no_Sistema_Prisional_Edi%C3%A7%C3%A3o_2013.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁷⁰ MOURA, Tatiana Whately et al. **Mapa da Defensoria Pública do Brasil**. Brasília, DF: Anadep/Ipea, 2013. Disponível em:

população carcerária do país, a Defensoria não está presente em 231 das 272 comarcas existentes.

A falta de defensores leva a que pessoas – invariavelmente as mais pobres – acabem sendo injustamente presas, bem como a que não obtenham acesso a benefícios a que fariam jus durante a execução penal.

Ligada ao problema de acesso à justiça, está a questão da falta de informações, por parte do preso, sobre o cumprimento da sua pena. O acesso a estas informações é fundamental, para que o detento possa se inteirar sobre um aspecto fundamental em sua vida, e programar o seu futuro. Além disso, é também importantíssimo para que ele tenha melhores condições para pleitear eventual progressão de regime, além de outros benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, a Lei nº 10.713/2003 incluiu o inciso X no artigo 66 da LEP, estabelecendo que compete ao juiz da execução penal emitir anualmente atestado de pena a cumprir para cada detento,⁷¹ medida que foi regulamentada pela Resolução do CNJ nº 113/2010. Não obstante, este direito também vem sendo descumprido com enorme frequência.

As consequências destas falhas são dramáticas. Para que se tenha uma ideia, apenas no âmbito dos Mutirões Carcerários, o CNJ beneficiou, desde 2008, pelo menos 78 mil presos, que tiveram acesso à progressão de pena e à liberdade provisória, dentre outros direitos. Destes, 41 mil foram libertos, pois tiveram reconhecida a extinção da sua pena, passaram a cumpri-la em regime domiciliar ou sob condicional.⁷² Estes presos eram privados de direitos a que faziam jus, por falhas no acesso à justiça.

Este cenário é agravado por sérios problemas na organização judiciária. Em todo o país, faltam varas e juízes atuando na execução penal, pois o tema não é tratado como prioridade. Com efeito, segundo pesquisa de âmbito nacional, o número de varas existentes é absolutamente incapaz de atender a demanda.⁷³ No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, existe apenas *uma* vara de execuções penais, para uma população carcerária que já chega a 45 mil presos.

<http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁷¹ BRASIL, 1984.

⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-eexecucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁷³ RIO DE JANEIRO. Conselho Penitenciário. **Estabelecimentos penais e vara de execuções penais no Brasil**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estatistica-presos-presidios-brasil.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Ademais, é frequente que os juízes que cuidam da execução penal deixem de cumprir os deveres impostos pela Lei de Execução Penal, como o de interditar estabelecimentos prisionais que funcionem em condições inadequadas (art. 66, VIII, LEP),⁷⁴ e o de analisar de ofício a progressão do regime prisional e a concessão de outros direitos dos presos. Desnecessário frisar que esta postura inerte prejudica sobretudo os mais pobres, que não contam com assistência jurídica adequada.

3.4 Infraestrutura e organização dos presídios

Instalações em condições adequadas são imprescindíveis para que o preso possa viver na prisão, tendo acesso a serviços necessários para garantir sua sobrevivência digna, em conformidade com a Constituição.

Nesse sentido, conforme preceituam as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, cada preso “disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente” (art. 8, § 2º); as celas “deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação disposições sobre leitos, estrutura das celas” (art. 9); e deverá haver “instalações sanitárias adequadas” (art. 10, III).⁷⁵

Nessa linha, as Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal trazem parâmetros arquitetônicos para a acomodação de pessoas presas, prevendo regras para a estruturação das celas individuais, sua área mínima (6 m²) e elementos essenciais, como cama, lavatório e aparelho sanitário, além de espaço para circulação.⁷⁶

⁷⁴ BRASIL, 1984.

⁷⁵ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994. Resolve fixar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Art. 10º. “O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar: I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural; II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão; III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade. IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.” p. 2.

⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução nº 9, de 9 de novembro de 2011. Editar Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-9-de-09-de-novembro-de-2011.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

Não obstante, o relatório “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro” apontou que, dos 1.598 locais visitados pelo CNMP, 780 não contavam com camas e 365 não ofereciam colchões para todos os detentos. Em 1.099 estabelecimentos, os presos não dispunham de água quente para banho e, em 636, não eram fornecidos produtos de higiene pessoal.

Além disso, em 66% dos estabelecimentos não eram fornecidas toalhas de banho e em 42% não havia distribuição de preservativos. Faltavam também bibliotecas e espaço para prática esportiva em, respectivamente, 60% e 47% das instituições prisionais. Em 10% delas, faltavam locais para banho de sol.

Na maioria absoluta dos relatórios de inspeções realizadas nos presídios pelo CNJ por ocasião dos Mutirões Carcerários, o ambiente foi caracterizado como degradante, insalubre e inadequado à existência humana.⁷⁷ No geral, verificou-se que tais estabelecimentos possuem dependências, grades, instalações sanitárias e elétricas em péssimo estado de conservação, carecendo de ampla reforma.⁷⁸

Foram detectadas graves falhas também em relação à separação de presos. Esta, além de essencial para o processo de ressocialização, é um imperativo diretamente extraível da Constituição Federal, notadamente quando estabelece que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII).⁷⁹

Em harmonia com a Constituição, a LEP determina que o preso provisório fique separado do condenado por sentença transitada em julgado; e que o preso primário cumpra pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes (art. 84).⁸⁰

Não obstante, segundo o CNMP, em 79% dos 1.269 estabelecimentos inspecionados não há separação entre presos provisórios ou definitivos; em 67% inexistente separação em função dos regimes de pena; em aproximadamente 78% não há separação entre

⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização. **Mutirão carcerário Espírito Santo**: relatório. Vitória, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/espiritosanto.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. . Departamento de Monitoramento e Fiscalização. **Mutirão carcerário Paraíba**. João Pessoa, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/paraiba_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁷⁹ No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece, conforme já referido, que pessoas sob acusação deverão ser separadas dos condenados e submetidas a um regime distinto (art. 10.2.a), e que os delinquentes jovens deverão ser separados dos adultos, como forma de assegurar a sua recuperação social (art.10.3). Cf. BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁸⁰ BRASIL, 1984.

presos primários e reincidentes; em 68% não há separação em função da periculosidade ou da natureza do delito; e em 65% os presos de diferentes facções criminosas convivem sem qualquer separação.

A CPI do Sistema Carcerário denunciou que o sistema de separação dos presos praticamente inexistente dentro das prisões brasileiras. Na maioria dos casos, apenas se indaga ao recém-ingresso se pertence a alguma facção criminosa. Como consequência, de acordo com a CPI, “infelizmente, presos de baixa periculosidade são misturados a monstros de carreira”.⁸¹

Há também problemas gravíssimos e generalizados em relação ao pessoal que trabalha nos estabelecimentos prisionais. Existe estreita e evidente correlação entre o adequado funcionamento dos estabelecimentos prisionais e a atuação destes profissionais, mas o que se observa, também nesta questão, é um cenário desolador.

A Resolução CNPCP nº 1 de 2009 exige a proporção mínima de um agente penitenciário para cinco presos (art. 1º). Determina, igualmente, que seja obedecida a seguinte proporção de profissionais da equipe técnica por 500 detentos: 1 Médico Clínico; 1 Enfermeiro; 1 Auxiliar de Enfermagem; 1 Odontólogo; 1 Auxiliar de Consultório Dentário; 1 Psicólogo; 6 Estagiários de Psicologia; 1 Assistente Social; 6 Estagiários de Assistente Social; 3 Defensores Públicos; 6 Estagiários de Direito; 1 Terapeuta Ocupacional; 1 Pedagogo; e 1 Nutricionista (art. 2º).⁸²

Tais parâmetros são generalizadamente descumpridos no país, em que o número de profissionais é muitíssimo inferior ao que seria necessário para o atendimento da população prisional.

Ademais, há problemas no recrutamento dos agentes penitenciários. Em certos Estados, não há sequer concurso público para o ingresso na função e, em outros, são policiais militares sem qualquer treinamento específico que desempenham a atividade.

Em geral, os agentes penitenciários não possuem plano de carreira e são obrigados a desempenhar uma infinidade de funções – algumas, inclusive, que deveriam ser exercidas por pessoal especializado, como a administração de medicamentos. A remuneração costuma ser muito baixa. Os cargos de direção dos estabelecimentos penais muitas vezes são ocupados

⁸¹ BRASIL, 2009, p. 279-277.

⁸² CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução nº 1, de 9 de março de 2009. Determina ao Departamento Penitenciário Nacional que, na análise dos projetos apresentados pelos Estados para construção de estabelecimentos penais destinados a presos provisórios e em regime fechado, exija a proporção mínima de 5 (cinco) presos por agente penitenciário. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-n-o-1-de-09-de-marco-de-2009.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

por indivíduos em razão de indicações políticas, sem qualquer preocupação com a necessária competência técnica.

Outro problema diz respeito às condições de trabalho dos agentes penitenciários. Em regra, eles são responsáveis por guardar um número excessivo de presos, muito acima das suas capacidades materiais. Em diligência realizada ao Presídio Aníbal Bruno, em Recife (PE), a CPI sobre o sistema prisional colheu relato de agente que afirmava que “a unidade tem capacidade para 1400 mas abriga mais de 4000 presos. Neste plantão somos 5 agentes. Portanto, eles fingem que estão presos e nós fingimos que estamos vigiando”.⁸³

Em presídios femininos, muitos agentes são homens e há registros de frequente assédio sexual sobre as presas. Em certos presídios, são os próprios presos que atuam como “chaveiros”, guardando as chaves das celas e controlando o espaço prisional.⁸⁴

Nesse contexto calamitoso, frequentemente os agentes estão envolvidos em casos de tortura e violações de direitos humanos. Por outro lado, eles também são vítimas constantes de homicídios e de outras formas de violência.

3.5 Assistência material ao preso

A Lei de Execução Penal, concretizando a Constituição, dispõe que a assistência material ao preso consiste no “fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (art. 12). A esse respeito, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil preveem o fornecimento de água potável e alimentação “preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso” (art. 13, caput e parágrafo único). A referida resolução estabelece também que o preso “deverá dispor de, pelo menos, uma hora ao dia para realização de exercícios físicos adequados ao banho de sol” (art. 14).⁸⁵

A Portaria DEPEN nº 63/2009 determina que a alimentação fornecida aos presos deve consistir em quatro refeições, atendendo aos critérios nutricionais para manutenção da saúde e no fornecimento de água potável em quantidade suficiente (art. 3). Além disso, prevê que o preso, ao ingressar na penitenciária, deve receber roupa íntima e de cama, a serem substituídas duas vezes por semana para fins de higienização (art. 4). Dispõe, ainda, acerca da

⁸³ BRASIL, 2009, p. 413.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ib., 1984, não paginado.

necessidade de que lhes seja fornecido material de higiene pessoal básico com reposição periódica (art. 5).

Tais parâmetros são absolutamente desrespeitados no cotidiano dos presídios. Falta água para banho e até para consumo. Em geral, a alimentação é de péssima qualidade e, muitas vezes, está estragada. O Relatório da CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário revelou que

[...] em diversos estabelecimentos, os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre. Em outros, os presos armazenam água em garrafas de refrigerantes, em face da falta constante do líquido precioso. Em vários presídios, presos em celas superlotadas passam dias sem tomar banho por falta de água. Em outros, a água é controlada e disponibilizada 2 ou 3 vezes ao dia.⁸⁶

O fornecimento de uniformes é irregular: não é incomum que os presos dependam das roupas providenciadas por parentes ou por instituições de caridade, ou que fiquem seminus, quando não têm acesso àquelas.⁸⁷

Tampouco é regular a disponibilização de material de higiene básica. Na Cadeia Pública Feminina de Colina, em São Paulo, por exemplo, durante um ano inteiro, as presas receberam cerca de 4 rolos de papel higiênico, e não lhes foi entregue nenhuma escova de dentes e nenhum absorvente íntimo, o que as obrigou a utilizar miolos do pão servido na cadeia para a contenção do fluxo menstrual.⁸⁸

Infelizmente, esta não é uma situação excepcional. Com efeito, o CNMP verificou que, dos estabelecimentos analisados, 66% não fornecem toalhas de banho aos detentos, 57% não proveem roupas de cama, 54% não concedem uniforme e 40% não oferecem nenhum material de higiene pessoal, em flagrante violação à ordem jurídica.

3.6 Assistência à saúde

O direito fundamental à saúde, encartado nos arts. 6º e 196 da CF/88, também é, por óbvio, titularizado pelo preso. Em harmonia com a Constituição, a Lei de Execução Penal estabelece que a assistência à saúde deve assumir caráter tanto preventivo, quanto curativo, compreendendo atendimentos médico, farmacêutico e odontológico (art. 14), aos quais o

⁸⁶ BRASIL, 2009, p. 194-195.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ G1 RIBEIRÃO E FRANCA. **Presas em Colina, SP, usam miolo de pão como absorvente, diz Defensoria.** 2013. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2013/01/presas-em-colina-sp-usam-miolo-de-pao-como-absorvente-diz-defensoria.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

Manual de Assistência do Sistema Penitenciário Federal acrescenta atendimento de enfermagem, de psicologia e de serviço social (art. 8).⁸⁹

Para a prestação de assistência à saúde, as normas em vigor exigem, em primeiro lugar, a existência de instalações adequadas. A Resolução CNPCP nº 14/1994 prevê que os estabelecimentos prisionais devem ser dotados de (i) uma enfermaria com cama, material clínico e instrumental adequado, (ii) dependência para observação psiquiátrica e cuidados toxicômanos, e (iii) unidade de isolamento para doenças infectocontagiosas (art. 16).⁹⁰ Nos termos da Portaria DEPEN nº 63/2009, o serviço de saúde deverá contar ainda com consultórios médicos, odontológicos, psicológicos e de assistência social e espaços para enfermaria e farmácia (arts. 10, 34, 35 e 36).

A definição do número de profissionais de saúde também é objeto de regulamentação por diversos atos normativos. A Resolução CNPCP nº 14/2003, que firma Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários,⁹¹ dispõe que os presídios devem ter equipes para atendimento ambulatorial para atendimento de 500 presos, compostas por 1 médico clínico, 1 médico psiquiatra, 1 odontólogo, 1 assistente social, 1 psicólogo, 2 auxiliares de enfermagem e 1 auxiliar de consultório dentário, e, nas unidades femininas, 1 médico ginecologista, todos com carga horária de 20 horas semanais.⁹²

Há, ainda, diversos parâmetros para exames médicos e demais ações de saúde dentro dos presídios. A Resolução CNPCP nº 14/94 determina a realização de exame médico obrigatório do preso (i) no momento de seu ingresso no estabelecimento, e (ii) posteriormente, quando necessário para (a) determinar a existência de enfermidade física ou mental, (b) assegurar o isolamento de presos suspeitos de sofrerem doença infectocontagiosa, (c) determinar a capacidade física de cada detento para o trabalho, e (d) assinalar as deficiências físicas e mentais que possam constituir um obstáculo para sua reinserção social (art. 18), inclusive atribuindo ao médico o dever de realizar visitas diárias aos presos que necessitem (art.19).⁹³

⁸⁹ Portaria DEPEN nº 63/2009.

⁹⁰ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 1994.

⁹¹ Ibid.

⁹² Já a Resolução CNPCP nº 1/2009 prevê que, para cada 500 detentos, deve-se ter 1 médico, 1 enfermeiro, 1 auxiliar de enfermagem, 1 odontólogo, 1 auxiliar de consultório dentário, 1 psicólogo, 6 estagiários de psicologia, 1 assistente social e 6 estagiários de assistência social. Cf. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2009.

⁹³ O CNPCP também editou a Resolução nº 07/2003 que firma as Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários e recomenda a adoção de um elenco mínimo de ações de saúde que deve ser implantado para a valorização da cidadania dos presos e para a redução de tensões inerentes às condições carcerárias. Entre outras, cabe ressaltar a necessidade de: (i) ações mínimas de prevenção e controle da tuberculose, doenças sexualmente transmissíveis e AIDS, hanseníase, hipertensão arterial e diabetes além do

A Portaria DEPEN nº 63/2009, corrobora essa orientação (art. 11) e dispõe, ainda, que o médico deverá fazer visitas diárias aos presos que se encontrarem em cumprimento de sanção disciplinar de isolamento (art. 12) e visitas frequentes aos detentos enfermos, para o respectivo diagnóstico e tratamento (art. 13).

Sobre o tema, elaborou-se, ainda, o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), aprovado pela Portaria Interministerial nº 1777/2003, dos Ministérios da Justiça e da Saúde, que estabeleceu ações e serviços voltados à promoção da saúde da população prisional e ao controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que a acometem, assim como prioridades a serem seguidas pelos estabelecimentos prisionais para tanto.⁹⁴

Dentre elas, destacam-se (i) a equipagem das unidades prisionais para a prestação de serviços ambulatoriais para atenção de necessidades básicas, (ii) a organização do sistema de saúde da população penitenciária, (iii) a implantação de ações de promoção da saúde, (iv) a implementação de medidas de proteção específica, como a vacinação contra hepatites, influenza, tétano, e (v) ações para a prevenção de tuberculose, hanseníase, diabetes, hipertensão, hepatites, doenças sexualmente transmissíveis (DST)/síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) e dos agravos psicossociais decorrentes do confinamento, bem como a distribuição de preservativos e insumos para a redução de danos associados ao uso de drogas.⁹⁵

Essas normas e parâmetros, infelizmente, têm mínima efetividade. De acordo com o CNMP, dos estabelecimentos inspecionados, cerca de 55% não possuem farmácias e em aproximadamente 6% sequer é prestado atendimento médico emergencial.

Não faltam episódios revoltantes a respeito do atendimento à saúde do preso. No Rio Grande do Sul, por exemplo, um apenado contraiu tuberculose, e, por falta de tratamento, teve de realizar cirurgia de extração de parte do pulmão. A insalubridade da cela levou a que o corte, feito na cirurgia, infeccionasse e o tecido humano apodrecesse. Em 2013, o preso tinha

câncer cérvico uterino e de mama; (ii) ações dirigidas à saúde mental, à saúde bucal, à realização de pré-natal e à imunização para hepatite B e Tétano; e (iii) avaliação médica no ingresso do apenado na prisão e acompanhamento das condições clínicas e de saúde dos apenados registrado em prontuário. Cf. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução nº 13, de 2 de julho de 2003. Aprovar o regulamento do VIII Concurso Nacional de Monografias do CNPCP, em anexo. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-13-de-02-de-julho-de-2003.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

⁹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. Portaria Interministerial nº 1777, de 9 de setembro de 2003. Aprovar o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, constante do Anexo I desta Portaria, destinado a prover a atenção integral à saúde da população prisional confinada em unidades masculinas e femininas, bem como nas psiquiátricas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/inte gras/530359.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁹⁵ Ibid.

um orifício tão grande em seu tórax que por ele era possível observar o seu coração pulsando.⁹⁶

Em síntese, os presos sofrem com a absoluta precariedade da assistência à saúde nos presídios.

3.7 Educação

A Constituição Cidadã dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205) e que a educação básica, composta pelos ensinos fundamental e médio, é direito público subjetivo (art. 208, § 1º).⁹⁷

Em sintonia com a Constituição, a Lei de Execução Penal previu a assistência educacional como um dos deveres do Estado (art. 11, III). De acordo com a LEP, a assistência educacional é composta pela instrução escolar e pela formação profissional do preso (art. 17).⁹⁸

Ela prevê que o estabelecimento penal deve contar com uma biblioteca (art. 21) e salas de aulas para cursos do ensino básico e profissionalizante (art. 83, *caput* e § 4º). A LEP consagra, ademais, a possibilidade de o preso em regime semiaberto ou fechado remir parte do tempo de execução da pena por estudo, à proporção de 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 3 dias (art. 126, *caput* e § 1º, inc. I).⁹⁹

A realidade do sistema prisional brasileiro também nesse quesito está muito distante das normas e parâmetros vigentes. Segundo dados do DEPEN de 2012, apenas cerca de 9,2% dos presos encontram-se envolvidos em atividades educacionais. Além disso, tais dados demonstram a baixíssima oferta de cursos profissionalizantes. De acordo com o DEPEN, apenas 2.377 presos estariam, em 2012, recebendo educação técnica em todo o sistema prisional brasileiro.¹⁰⁰

De acordo com o CNMP, 61% dos estabelecimentos prisionais inspecionados não possuem bibliotecas e quase 60% deles não desenvolvem qualquer atividade cultural ou de lazer.

⁹⁶ Representação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a violação de direitos humanos no presídio Central de Porto Alegre, 10 jan. 2013.

⁹⁷ BRASIL, 1988.

⁹⁸ *Ib.*, 1984.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ib.* Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. **Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos**: referência: 06/2012. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/departamento-penitenciario-nacional/sistemaprisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-dez-2012.xls/view>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

Já o Relatório da CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário assinala que, nas diligências realizadas, foram constatados graves problemas na prestação da assistência educacional, como a falta de espaço físico destinado às atividades educacionais, falta de material pedagógico, profissionais mal pagos e desestimulados, e a escassez de escolas.¹⁰¹

Evidencia-se, portanto, a ausência de estrutura, material e atividades educacionais nos presídios brasileiros em afronta ao que determina a Constituição de 1988.

3.8 Trabalho do preso

Outro direito do preso amplamente violado no sistema prisional brasileiro é o direito ao trabalho. A Constituição reconheceu expressamente o trabalho como direito social (art. 6), destacando-o como um dos fundamentos da República (art. 1, VI).¹⁰²

No sistema prisional, o trabalho configura um direito do preso. O Estado é, portanto, obrigado a disponibilizar trabalho aos detentos, que deverá ter finalidade educativa e produtiva¹⁰³ (art. 28, *caput*) e levar em conta as aptidões físicas, mentais, intelectuais e profissionais de cada condenado (art. 31).¹⁰⁴

Ademais, o trabalho confere ao preso em regime fechado ou semiaberto a possibilidade de remir parte do tempo de execução da pena, à razão de um dia de pena a cada três de trabalho (art. 126).

Contudo, segundo dados do DEPEN de 2012, apenas 20,4% dos presos estão envolvidos em atividade laboral no País.¹⁰⁵ Os números disponibilizados explicitam o enorme déficit de postos de trabalho para a população carcerária, bem como a escassez de oportunidades de labor externo (dos presos que trabalham, menos de 20% exercem trabalho externo) e a predominância da oferta de atividades de apoio ao estabelecimento penal, como a limpeza e a cozinha (que correspondem a cerca de 35% de todos os postos).

¹⁰¹ BRASIL, 2009.

¹⁰² *Ib.*, 1988.

¹⁰³ As Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros ressaltam que o trabalho penitenciário “não deve ser penoso” e deve ser oferecido suficientemente a todos os presos condenados, proporcionando-lhes “treinamento profissional em profissões úteis aos presos que dele tirem proveito, especialmente aos presos jovens” (art. 7.1).

¹⁰⁴ Também no âmbito interno, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (Resolução CNPCP n. 14/94) definem que o trabalho, além de remunerado e de índole educativa e produtiva, não deverá ter caráter aflitivo (art. 56).

¹⁰⁵ BRASIL, 2012.

Além da ociosidade dos presos, a CPI da Câmara dos Deputados sobre o sistema prisional constatou a brutal exploração dos apenados pelo Estado em atividades de manutenção dos estabelecimentos penais, sem qualquer remuneração e muitas vezes com jornadas abusivas e ilegais.¹⁰⁶

Em síntese, falta trabalho disponível no sistema penitenciário brasileiro. Quando ele existe, com frequência as suas condições são precárias e sua remuneração é inexistente ou indigna, o que configura exploração ilegal do trabalho do preso e grave violação de seus direitos fundamentais.

3.9 Tortura, sanções ilegítimas e uso da força

A Constituição Federal assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e proíbe a tortura, as penas cruéis e o tratamento desumano ou degradante. Ela chega a qualificar a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, III, XLIII, XLVII, *al. e*, e XLIX), tamanho o repúdio que manifesta contra esta prática odiosa.¹⁰⁷

A LEP, por sua vez, proíbe as sanções sem previsão legal prévia ou que possam colocar em perigo a integridade física e moral do condenado, vedando o emprego de cela escura e de sanções coletivas (art. 45); determina que o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos aplicados aos presos que cometerem faltas disciplinares não poderão exceder a 30 dias (art. 58); e estabelece que deverá ser instaurado procedimento para apuração de falta disciplinar, sendo assegurado o direito de defesa do preso (art. 59).¹⁰⁸

Estas normas, contudo, são sistematicamente inobservadas no sistema penitenciário brasileiro. O CNMP aponta que há registros de maus tratos aos presos por parte dos servidores em todas as regiões do país e que em cerca de 92% dos estabelecimentos prisionais há aplicação de sanções sem instauração de prévio procedimento disciplinar.¹⁰⁹ Analisando as estatísticas, é possível constatar o abismo que separa as normas da realidade. A prática da tortura ainda é presente no dia-a-dia dos presídios do país. O mesmo pode ser observado com relação à utilização abusiva de instrumentos de coação e de sanções disciplinares aplicadas sem o devido processo legal.

¹⁰⁶ BRASIL, 2009.

¹⁰⁷ *Ib.*, 1988.

¹⁰⁸ *Ib.*, 1984.

¹⁰⁹ *Ib.*, 2013.

3.10 Mulheres encarceradas

Um dos grupos que mais padece em função do tratamento prisional inadequado é o de mulheres, que apesar de representar apenas 6,4% da população carcerária brasileira total, vem tendo um crescimento proporcionalmente muito maior do que a masculina nos últimos anos.

A Lei de Execução Penal estabelece, de forma genérica, em seu artigo 82, §1º, que a mulher deve ser recolhida em “estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”. Dispõe, ainda, que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 6 (seis) meses de idade” (art. 83, §2º).¹¹⁰

Determina, ademais, que a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente, e de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos (art. 89). A preocupação com a saúde das gestantes fica evidenciada, ainda, pela previsão contida no artigo 14, §3º, que prevê que “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”.¹¹¹

Considerando a falta de efetividade das normas introduzidas na LEP, o Grupo de Trabalho Interministerial de Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino formulou algumas propostas urgentes a serem observadas na matéria, que incluem, dentre outras medidas, a construção de berçários e creches, para assegurar o convívio de mães e filhos, melhorias no tratamento de saúde, inclusive pré-natal, e fornecimento de material de higiene, sobretudo absorventes íntimos.¹¹²

Não obstante, dados de 2012 revelam que tem havido, desde 2007, uma queda no número de creches e berçários em estabelecimentos prisionais femininos.¹¹³ Os números evidenciam ainda o descaso com a saúde das mulheres presas: em dezembro de 2007, para as

¹¹⁰ BRASIL, 1984, não paginado.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² GRUPO DE TRABALHO INTERMINISTERIAL. **Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino**: relatório final. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B0D583E E2-5A22-41A1-A16A-17304AE40849%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹¹³ Comparação de dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen de dez. de 2007 e jun. de 2012. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos. Referências: 12/2007 e 06/2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-dez-2007.pdf/view>> e <<http://www.justica.gov.br/seusdireitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-jun-2012.xls/view>>

40 penitenciárias femininas existentes no Brasil, havia apenas 36 módulos de saúde para gestantes e parturientes.

Até 2012, foram construídos apenas mais três desses módulos no país inteiro, apesar do crescimento de quase 36% da população carcerária feminina no período e do aumento do número de penitenciárias femininas de 40 para 53.

Em dezembro de 2012, havia tão somente 15 ginecologistas para 79 estabelecimentos prisionais femininos, embora a Resolução nº 7/2003 do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias estabeleça em seu artigo 1º, IV que nas unidades femininas deve haver sempre pelo menos um ginecologista.¹¹⁴

A realidade é que muitas presas passam toda a gravidez sem realizar um único exame laboratorial ou de imagem, o que impede o conhecimento de doenças, que muitas vezes só são descobertas na hora do parto,¹¹⁵ os quais, às vezes, ocorrem nas celas ou nos pátios das penitenciárias.

¹¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução nº 7, de 14 de abril de 2003. Firma Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/pe_legislacao/2003resolu07.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹¹⁵ CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL et al. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. 2007. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

4 A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES

4.1 A experiência brasileira: ADPF nº 347

Em junho de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 347, perante o STF, pedindo que se declarasse o ECI do sistema penitenciário brasileiro e se reconhecesse a violação de direitos fundamentais da população carcerária e, diante disso, que fossem adotadas providências para sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no país.

Não obstante ao pedido principal, acima delineado, o requerente pugnou a concessão de liminar para que o STF, entre outras medidas:

- a) determinasse a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivassem expressamente as razões que impossibilitariam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal;
- b) reconhecesse a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão;
- c) afirmasse que o juízo da execução penal teria o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciasse que as condições de efetivo cumprimento da pena fossem significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;
- d) reconhecesse que o juízo da execução penal teria o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciasse que as condições de efetivo cumprimento da pena fossem significativamente mais

severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;

- e) impusesse o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), e vedasse à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconhecesse a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

De fato, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, parece vocacionada para o enfrentamento deste tipo de questão. Ela se volta contra atos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça a preceitos fundamentais da Constituição.

Deste modo, para o seu cabimento, é necessário que exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, causada por ato dos Poderes Públicos, e não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Tais requisitos estão plenamente configurados no presente caso, como se verá a seguir.

4.1.1 A violação a preceito fundamental

Nem a Constituição nem a Lei 9.882/99 definiram quais preceitos da Constituição são fundamentais. Não obstante a isso, há sólido consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, nessa categoria, figuram os fundamentos e objetivos da República, assim como os direitos fundamentais.¹¹⁶

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery asseveram que:

São fundamentais, entre outros, os preceitos constitucionais relativos: ao estado democrático de direito (CF 1.º caput); b) à soberania nacional (CF 1.º D); c) à cidadania (CF 1.º II); d) à dignidade da pessoa humana (CF 1.º III); e) aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF 1.º IV); f) ao pluralismo político (CF 1.º V); g) aos direitos e garantias fundamentais (CF 5º); h) aos direitos sociais (CF 6.º a 9.º); i) à forma federativa do estado brasileiro; j) à separação e independência dos poderes; l) ao voto universal, secreto, direto e periódico.¹¹⁷

Nessa mesma perspectiva, Zeno Veloso ensina que:

Não nos parecia que o legislador ordinário pudesse indicar os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, cujo descumprimento possibilitaria a arguição. Significaria dar prerrogativa ao Congresso Nacional

¹¹⁶ MENDES; BRANCO, 2014; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. A. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1478.

de eleger, dentro dos princípios, quais os que são fundamentais, vale dizer, essenciais, preponderantes, superiores. Ora, isto é atribuição do constituinte originário, ou do Supremo Tribunal Federal, guardião principal e intérprete máximo do Texto Magno. Além do mais, não poderia o legislador apresentar um elenco definitivo, um painel pronto e acabado dos preceitos fundamentais, pois a Constituição, apesar do ideal de estabilidade, é um documento histórico-cultural do povo. Embora lentas, as transformações são inevitáveis, ditando, como disse Krüger, uma mudança de natureza das normas constitucionais. O que hoje se pode considerar preceito fundamental, dada a dinamicidade do ordenamento jurídico, pode ter a sua densidade normativa diminuída no decorrer do tempo. [...] Estes são princípios reitores, regras nucleares, linhas mestras ou vigas-mestras da organização política e social brasileira, sem olvidar que há preceitos fundamentais que deles decorrem, havendo necessidade, para descobri-los de ser feita uma inferência, um desenvolvimento por parte do intérprete.¹¹⁸

É certo que a jurisprudência do STF ainda não está plenamente pacificada sobre a construção do significado normativo do que seja preceito fundamental. Porém, no julgamento da ADPF nº 33, o relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em uma decisão monocrática (que foi chancelada pelo Pretório Excelso) apresentou as ideias que conduzem à compreensão do que a expressão preceito fundamental abrange:

Parâmetro de controle — É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (Einheit der Verfassung) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. [...] O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. [...] É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios

¹¹⁸ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 295-296.

basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. [...] Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.¹¹⁹

Ora, a situação dos presídios nacionais afronta gravemente não apenas o mais elevado princípio da ordem jurídica brasileira – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF) –, mas também inúmeros outros direitos fundamentais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º).¹²⁰

Não há dúvida, portanto, quanto à satisfação deste requisito.

4.1.2 Atos do Poder Público

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí, incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial.¹²¹ Na presente hipótese, a lesão a preceitos fundamentais se origina de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos da União e dos Estados federados.

Dentre as afrontas, vale destacar as de natureza administrativa, da União e dos Estados, que descumprem ostensivamente, de modo sistemático, preceitos fundamentais da Constituição no tratamento dos presos.

¹¹⁹ ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04.

¹²⁰ BRASIL, 1988.

¹²¹ Ib. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Há, por outro lado, violações a preceitos fundamentais decorrentes de ações, omissões e interpretações jurídicas contrárias à Constituição perpetradas pelo Poder Judiciário da União e dos Estados. Mencione-se, neste sentido, a não aplicação dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos¹²² e 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹²³ – normas em vigor e autoaplicáveis, eis que garantidoras de direito fundamental (art. 5º § 1º, CF)¹²⁴ – que preveem o direito à audiência de custódia, cuja observância poderia contribuir para redução da superlotação das prisões e para evitar restrições injustificadas à liberdade de acusados ainda não condenados definitivamente. Destaque-se, ainda, a não aplicação, sem fundamentação, de medidas cautelares alternativas à prisão.

O Poder Legislativo também tem grave responsabilidade neste quadro. O legislador tem estabelecido políticas criminais absolutamente insensíveis ao drama carcerário brasileiro, que agravam a superlotação dos presídios e não geram a almejada segurança para a sociedade.

Na esfera penal, a vontade de aplacar o - legítimo - sentimento social contrário à impunidade vem gerando o abuso, pelo Legislativo, da “legislação simbólica”.

Conforme preleciona Marcelo Neves, a questão da legislação simbólica está usualmente relacionada com a distinção entre as variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas. Assim, nas atitudes instrumentais, observa-se uma relação meio-fim, no sentido de se alcançar determinado objetivo por meio de uma ação; nas expressivas verifica-se uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade, e, por fim, a postura simbólica está relacionada com o problema da solução de conflito de interesses.¹²⁵

A legislação simbólica, portanto, é prejudicial à concretização dos preceitos constitucionais, pois provoca a sobreposição de questões políticas sobre questões jurídicas, não fornecendo soluções concretas para os problemas sociais expressão de um “populismo penal” que é uma das causas do dramático quadro prisional hoje desenhado no país.

Nesse sentido, as percepções de Gilmar Mendes:

Diante de cobranças da mídia e da opinião pública por soluções imediatas, a resposta das instituições tem se concentrado, em regra, no agravamento de penas e de seu regime de cumprimento. Não é incomum, aqui e em outros países, a chamada legislação simbólica. Em face do clamor público atizado por um algum crime grave, lança-se mão da fórmula mágica: ‘vamos aumentar a pena deste crime’; ‘vamos transformar a corrupção em crime hediondo’ e assim por diante, sem se atentar para

¹²² BRASIL, 1992.

¹²³ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

¹²⁴ BRASIL, 1988.

¹²⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

o fato, cada vez mais evidente, de que medidas desta natureza pouco ou nada contribuem para a superação deste quadro.¹²⁶

Em verdade, tem-se um quadro crônico de violação de direitos fundamentais, que se origina da falha de diversas instituições públicas em cumprir com suas obrigações constitucionais. Portanto, a lesão a preceitos fundamentais decorre de ações e omissões dos Poderes Públicos, o que basta para a satisfação deste pressuposto da ADPF.

4.1.3 Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade

A doutrina e a jurisprudência convergem no entendimento de que pressuposto da subsidiariedade da ADPF (art. 4º, § 1º, Lei 9.882/99) se configura sempre que inexisterem outros instrumentos, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, aptos ao equacionamento da questão constitucional suscitada. Nesse sentido, decidiu o STF:

13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva desta ação.¹²⁷

Na hipótese, não há qualquer outro instrumento, no âmbito do controle abstrato de normas, que possa sanar as lesões a preceitos fundamentais antes ressaltadas. Afinal, não se discute, na ação, a inconstitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição nem, tampouco, alguma omissão legislativa inconstitucional. No rol de instrumentos disponíveis no controle concentrado de normas, não há, portanto, nenhum outro mecanismo, além da ADPF, que se preste a atingir os objetivos da ação em apreço.

4.1.4 O julgamento cautelar da ação¹²⁸

No dia 27 de agosto de 2015, o Plenário do STF iniciou o julgamento da cautelar na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹²⁹ Pois bem, o Relator,

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Segurança Pública e Justiça Criminal**.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹²⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica**: o julgamento da ADPF 347. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347?ref=topic_feed>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹²⁹ BRASIL, 2015.

Ministro Marco Aurélio, votou no sentido de determinar aos Juízes e Tribunais que lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicariam medidas alternativas à privação de liberdade; que passassem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; que considerassem, 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; e que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão.

À União, o Relator determinou que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se, pois, de realizar novos contingenciamentos.

O Ministro Marco Aurélio observou que o tema do sistema prisional estaria na “ordem do dia” do Tribunal, e teria sido matéria de várias ações, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5170, que discutia direito de indenização de presos por danos morais, o Recurso Extraordinário nº 592581, que discutia a possibilidade de o Judiciário obrigar os estados e a União a realizar obras em presídios e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5356, sobre a inconstitucionalidade de norma que estabelece o bloqueio de sinal de rádio e comunicação em área prisional.¹³⁰

De acordo com o Ministro, o Brasil teria a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos: “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, disse, assinalando que a maior parte desses detentos estaria sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.¹³¹

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

¹³¹ Ibid., p. 5.

Diante disso, segundo o Relator, no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”.¹³²

Nesse contexto, o Ministro declarou que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira estaria a ferir igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.

De acordo com o Relator, a violação aos direitos fundamentais, nas prisões, teria reflexos também na sociedade e não serviria à ressocialização. “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”, ponderou.¹³³

Para o Ministro Marco Aurélio, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só seria possível diante da mudança significativa do Poder Público. “A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”.¹³⁴

Haveria, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal: “Falta coordenação institucional”.¹³⁵

Afirmou, ainda, ser papel do Supremo, diante desse quadro, retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas: “Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional”, concluiu.¹³⁶

No dia 03 de setembro de 2015, foi retomado o julgamento da medida cautelar. Na oportunidade, o Ministro Edson Fachin seguiu, em parte, o voto do Ministro Marco Aurélio, considerando que a ação deveria ser admitida e, quanto à cautelar, propôs o acolhimento de pedidos referentes a audiência de custódia, mutirão carcerário e fundo penitenciário.

¹³² BRASIL, 2015, p. 6.

¹³³ Ibid., p. 8.

¹³⁴ Ibid., loc. cit.

¹³⁵ Ibid., loc. cit.

¹³⁶ Ibid., p. 19.

Ele votou pela concessão da medida para determinar a todos os juízes e tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. O Ministro também entendeu que o Conselho Nacional de Justiça deveria coordenar mutirões carcerários, “a fim de viabilizar a revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa”.¹³⁷

Em seu voto, o Ministro Fachin determinou, ainda, o descontingenciamento das verbas existentes no fundo penitenciário, cabendo à União providenciar o cumprimento da decisão em até 60 dias a partir da publicação do acórdão.

O Ministro Luís Roberto Barroso também votou no sentido da concessão da cautelar quanto aos três pontos, apenas ampliando o prazo de cumprimento para um ano e acrescentando que também os Tribunais de Justiça devessem realizar mutirões carcerários. Além disso, concedeu, de ofício, a cautelar para determinar que o Governo Federal encaminhasse ao relator, no prazo de um ano, diagnóstico da situação, em termos quantitativos e pecuniários, para subsidiar o julgamento do mérito da ação.

O Ministro Teori Zavascki votou pelo deferimento da cautelar, para determinar a realização de audiências de custódia o mais breve possível, segundo os critérios do Conselho Nacional de Justiça. Também concedeu o pedido quanto ao fundo penitenciário, a fim de determinar o não contingenciamento pelo Poder Executivo. Segundo o Ministro, “aparentemente o problema está na falta de projetos, e não na falta de dinheiro, mas essa tese eu já ouvi em outras oportunidades, e concordo que seja uma medida adequada”.¹³⁸

Por maioria dos votos, a Corte acolheu proposta do Ministro Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que fornecessem informações sobre a situação do sistema prisional. Vencidos, neste ponto, os Ministros Marco Aurélio (relator), Cármen Lúcia e o Presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski. Durante a sessão, votaram seis Ministros: Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o relator ao deferir os pedidos quanto à audiência de custódia, com observância dos prazos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e ao contingenciamento de recursos, acolhendo o prazo de 60 dias, sugerido pelo Ministro Edson Fachin.

¹³⁷ BRASIL, 2015, p. 2.

¹³⁸ Ibid., p. 19.

O Ministro Luiz Fux seguiu integralmente o voto do relator. Ele considerou que alguns juízes não motivam suas decisões, apesar da exigência legal. “Portanto, há um estado de coisas inconstitucional”, disse o Ministro, ao ressaltar a importância de o Supremo analisar a questão, uma vez que o acórdão da Corte deveria ter efeito pedagógico.¹³⁹

Ao votar no mesmo sentido do relator, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou a necessidade de haver um diálogo com a sociedade a respeito do tema. Segundo ela, existiriam, no país, 1.424 unidades prisionais, das quais apenas quatro são federais. Ponderou: “ou seja, os estados respondem pelos presos que deveriam ser de responsabilidade da União”, afirmou ao apresentar alguns dados sobre o sistema. “Os números demonstram o estado de coisas inconstitucional”, acrescentou.¹⁴⁰

Ela citou a experiência de parceria público-privada em penitenciária de Minas Gerais. “Apesar dos problemas, acho completamente diferente de tudo o que eu já visitei no país”. De acordo com a Ministra, a situação de urgência deve ser superada. Novos modelos devem ser pensados para se dar cumprimento às leis. “Faliu esse tipo de penitenciária que vem sendo feita”.¹⁴¹

O Ministro Gilmar Mendes votou pelo deferimento do pedido cautelar quanto à obrigação da realização das audiências de custódia e em relação ao descontingenciamento do fundo penitenciário. Ele avaliou que a utilização da tecnologia da informação na execução penal apresentaria muitos benefícios, entre eles, estatísticas confiáveis da situação prisional do país, tendo em vista que atualmente existem dados incompletos e defasados, afirmando não haver dúvida de que os juízes devem considerar a situação prisional na decisão judicial.

Nesse sentido, propôs a criação de plano de trabalho para oferecer treinamento aos juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento.

O relator foi acompanhado integralmente pelo Ministro Celso de Mello. Para ele, os recursos direcionados ao sistema prisional não poderiam ter outra destinação. Destacou que: “Os recursos financeiros que integram o fundo penitenciário nacional têm uma vocação própria, uma destinação específica e com essas medidas de bloqueio de recursos subverte-se a função precípua que justifica a imposição da sanção penal”.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu totalmente o voto do relator. Assim como outros Ministros, ele reconheceu, no caso, o “estado de coisas inconstitucional” ao

¹³⁹ BRASIL, 2015, p. 3.

¹⁴⁰ Ibid., p. 8.

¹⁴¹ Ibid., p. 5.

explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia, a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário. “Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro”, afirmou.

4.2 Separação de poderes *versus* dignidade da pessoa humana e supremacia constitucional

A vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos, bem como a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção de tais direitos, configura, no contexto do sistema prisional brasileiro, um Estado de Coisas Inconstitucional. É certo afirmar, portanto, que tal cenário desafia a intervenção da jurisdição constitucional brasileira.

No entanto, importa esclarecer quais implicações, presentes os limites de atuação do STF, surgem a partir do reconhecimento de se encontrarem satisfeitos os pressupostos próprios desse estado de coisas. Nesse passo, questiona-se: qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades? Ou, ainda, esta atuação jurisdicional representa uma interferência legítima na democracia, já que permite que juízes, não eleitos, interfiram em políticas públicas que deveriam ser formuladas e implementadas pelos poderes Legislativo e Executivo?

Nessa perspectiva, para que melhor se apreenda esse processo, impende que se tenha a sua compreensão além da clássica doutrina da separação de poderes, desenvolvida, sobretudo, por Montesquieu.¹⁴² Necessário se faz, portanto, buscar a possibilidade de relativização da teoria mencionada, a fim de que o Tribunal Constitucional exerça sua função típica de dar cumprimento aos mandamentos constitucionais e racionalize a concretização da ordem jurídico-penal.

Imperiosa, ainda, a utilização da teoria de Robert Alexy no que diz respeito à ponderação de princípios e direitos fundamentais que, supostamente, estejam em “rota de colisão”.¹⁴³ Na espécie, separação de poderes e dignidade da pessoa humana, bem como supremacia constitucional.

¹⁴² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Pois bem. A frase de Luiz XIV “O Estado sou eu”¹⁴⁴ representa bem o contexto absolutista de concentração de poderes de tantos horrores, abusos e arbitrariedades tão fortemente combatidos pelos ventos iluministas, resultando no surgimento da doutrina da separação de poderes, desenvolvida e sistematizada por John Locke e Montesquieu, no século XVIII, com a determinação de “pôr freios” ao poder absoluto de certos governantes e, ao mesmo tempo, assegurar as liberdades dos homens diante do poder governamental.

Vale sublinhar que Montesquieu, mesmo reconhecendo a natureza de poder, em sua tripartição, ao órgão judicante, não lhe conferiu destaque; ao revés, o secundarizou, o que pode ser depreendido da leitura de suas palavras ao afirmar que:

Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito.¹⁴⁵

No entanto, aos poucos, a função de julgar foi tomando contornos cada vez mais proeminentes. Diz-se, por isso, que o Poder Judiciário configurou-se em sua moderna função através da decisão de John Marshall, Presidente da Suprema Corte Americana, de 1803, ao inaugurar o poder da “judicial review” (revisão judicial), no caso *Marbury versus Madison*, decidindo sobre a competência do Poder Judiciário de dizer a lei no caso concreto.¹⁴⁶ Consagra-se, a partir de então, o poder de controle dos Tribunais sobre a constitucionalidade das leis. Instala-se o sistema de controle difuso sobre as funções estatais.

Certo é que, na doutrina constitucionalista, o protagonismo de que desfruta o Poder Judiciário, no século XXI, é incontestável. Nenhum registro histórico anterior dá conta de acervo semelhante entregue à jurisdição, pois somaram-se às funções usuais desse Poder competências inovadoras que lhe são atribuídas em uma nova engenharia institucional.

Faz-se premente pontuar, todavia, que, diante da insurgência de tal protagonismo, levantam-se vozes a questionar sobre a legitimidade, a capacidade e a independência dos tribunais. A respeito da legitimidade, a questão é a de não dispor esse Poder do aval da vontade política da maioria obtida eleitoralmente, pois, no caso do Judiciário brasileiro, seus membros não passam pelo crivo do voto. Assim sendo, torna-se questionável se o conteúdo da intervenção judicial é democrática.

¹⁴⁴ Símbolo do poder absolutista, a ele é atribuída a célebre frase: “*L’État c’est moi*” (em francês, *O Estado sou eu*), dando a entender que todo o poder residia somente em sua figura.

¹⁴⁵ MONTESQUIEU, 1979.

¹⁴⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 43, n. 172 p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

Quanto à objeção democrática, cabe ressaltar, no entanto, que a democracia não é o simples predomínio da vontade da maioria, mas um sistema político que se assenta sobretudo no respeito aos direitos fundamentais das pessoas, tido como pressuposto inafastável para o adequado funcionamento do regime democrático. Por isso, não ofende a democracia a atuação jurisdicional que se volte à proteção de direitos fundamentais, especialmente de minorias vulneráveis e impopulares, como são os presos.

A par disso, o magistério da Professora Ana Teresa Silva de Freitas: “[...] O Judiciário, diante desse quadro, passa a ser protagonista no processo de rejeição da função da Carta de 1988 como simples mito ou utopia, a ser realizada em um futuro distante. A humanização é a tônica a mover a atuação jurisdicional [...]”.¹⁴⁷

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas, entretanto, a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. O próprio ministro relator da ADPF em apreço asseverou que:

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.¹⁴⁸

Conforme apontou Ana Paula de Barcellos, os cidadãos livres acreditam, recusando a dimensão ontológica da dignidade humana, que o criminoso perde o direito à vida

¹⁴⁷ FREITAS, Ana Teresa Silva de. Protagonismo judicial no Brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais sociais. **Revista de Políticas Públicas**, v. 18, n. 4, p. 379-389, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/2729/3928>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹⁴⁸ BRASIL, 2015, p. 13.

digna ou, mesmo, a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais.¹⁴⁹ Com tais conceitos disseminados, a opinião pública não aceita que seja dada prioridade, no tocante aos gastos públicos, à melhoria das instalações prisionais. Muitos até acreditam que as condições desumanas das prisões consubstanciam retribuição aos crimes praticados pelos detentos.

Mais uma vez, convém colacionar o entendimento do Ministro Marco Aurélio em seu voto na ADPF que ora se estuda:

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado.¹⁵⁰

Oportuna, nesse sentido, a contribuição de Foucault acerca dos procedimentos de interdição do discurso, notadamente, do “tabu do objeto”,¹⁵¹ vez que, em suma, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna.

Como bem salientou o Ministro Marco Aurélio, ainda no julgamento cautelar da ADPF em comento:

A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público.¹⁵²

No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais.

A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Daí porque a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros poderes.

¹⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana: condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, v. 254, p. 39-65, 2010.

¹⁵⁰ BRASIL, 2015, p. 17.

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

¹⁵² BRASIL, op. cit., p. 14.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto ao longo deste trabalho, é forçoso concluir que, no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica.

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).¹⁵³

Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

É incontestável, pois, que a ADPF nº 347 trata dos direitos mais fundamentais da pessoa humana. Por isso, defende-se que a intervenção judicial mostra-se legítima presente o padrão elevado de omissão estatal frente à situação de violação generalizada desses direitos. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.

Daí porque, embora, em regra, não seja papel do Judiciário envolver-se na formulação e implementação de políticas públicas, quando estas, por excesso ou deficiência, resultarem em graves lesões a direitos básicos – especialmente de grupos vulneráveis – se justifica democraticamente a intervenção jurisdicional. No caso do sistema prisional brasileiro, este cenário está perfeitamente desenhado: as violações a direitos fundamentais dos presos são dramáticas e generalizadas, mas os poderes políticos não atuam para equacioná-las, pois a defesa de uma minoria tão estigmatizada que, além de tudo, não vota, não rende dividendos políticos e não desperta a simpatia da opinião pública.

Como bem destacou, em recente voto, o Ministro Luís Roberto Barroso:

¹⁵³ BRASIL, 1988.

[...] o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional do país. Sua intervenção estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam, assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias.¹⁵⁴

Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis e fracasso de representação, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade.

Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, “coordenar” a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e “monitorar” a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados.

Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deve “coordená-las”, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata, portanto, de substituição aos demais poderes, e, sim, de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias.

¹⁵⁴ Voto-vista proferido no R.E.580.525.

REFERÊNCIAS

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

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Tradução Cristiano Martins. 5. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989. 2 v.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana: condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, v. 254, p. 39-65, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI do sistema carcerário**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização. **Mutirão carcerário Paraíba**. João Pessoa, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/paraiba_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. “**Mutirão constata déficit de 15 mil vagas em presídios de Pernambuco**”. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17054-mutirao-constata-deficit-de-15-mil-vagas-em-presidios-depernambuco>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Dados das inspeções nos estabelecimentos penais**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização. **Mutirão carcerário Espírito Santo**: relatório. Vitória, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/espíritosanto.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário Pernambuco**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutiraocarcerario/relatorios/Relatorio_Mutirao_Curado_PE_2014_alterado.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisonal_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório “A visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro”**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Relat%C3%B3rio_Vis%C3%A3o_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%ABlico_no_Sistema_Prisional_Edi%C3%A7%C3%A3o_2013.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. **Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos**: referência: 06/2012. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/departamento-penitenciario-nacional/sistemaprisonal/anexos-sistema-prisonal/total-brasil-dez-2012.xls/view>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. Portaria Interministerial nº 1777, de 9 de setembro de 2003. Aprovar o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, constante do Anexo I desta Portaria, destinado a prover a atenção integral à saúde da população prisional confinada em unidades masculinas e femininas, bem como nas psiquiátricas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/530359.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Presidência da República Federativa do Brasil. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A aplicação de penas e medidas alternativas**: relatório de pesquisa: sumário executivo. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicao-de-penas-e-medidas-alternativas>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição faz 25 anos em sintonia com a voz das ruas.**

Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/constituicao-faz-25-anos-em-sintonia-com-a-voz-das-ruas.htm>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 802.435. 1º Turma. Relator:

Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de outubro de 2006. **Diário da Justiça**, 30 out. 2006.

Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9054360/recurso-especial-resp-802435-pe-2005-0202982-0/inteiro-teor-14234550?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

nº 33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental nº 347 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de

setembro de 2015. Disponível em :

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância.** 2016. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL et al. **Relatório sobre**

mulheres encarceradas no Brasil. 2007. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04, de 22 de janeiro de 2004. Agencia

oficiosa en tutela-asociaciones de desplazados/agencia oficiosa en tutela-condiciones para que las asociaciones de desplazados interpongan la acción. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

_____. Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998, de 28 de abril de 1998. Establecimiento

carcelario-condiciones de hacinamiento/establecimiento carcelario-perspectiva histórica del

hacinamiento en Colombia/Ley de alternatividad en la legislacion penal y penitenciaria-

descongestión carcelaria/establecimiento carcelario-algunas causales explicativas de la

congestión/establecimiento carcelario-infraestructura y administración/establecimiento

carcelario-consecuencias del hacinamiento. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre los**

derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. [S. l.], 2011.

Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994. Resolve fixar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em: <<http://www.crpssp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

_____. Resolução nº 9, de 9 de novembro de 2011. Editar Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-9-de-09-de-novembro-de-2011.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Resolução nº 1, de 9 de março de 2009. Determina ao Departamento Penitenciário Nacional que, na análise dos projetos apresentados pelos Estados para construção de estabelecimentos penais destinados a presos provisórios e em regime fechado, exija a proporção mínima de 5 (cinco) presos por agente penitenciário. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-n-o-1-de-09-de-marco-de-2009.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Resolução nº 13, de 2 de julho de 2003. Aprovar o regulamento do VIII Concurso Nacional de Monografias do CNPCP, em anexo. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-13-de-02-de-julho-de-2003.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Resolução nº 7, de 14 de abril de 2003. Firma Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/pe_legislacao/2003resolu07.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

COURTIS, Christian. El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?. In: ABRAMOVICH, Victor. **Colapso del sistema carcelario**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina/Centro de Estudios Legales y Sociales, 2005.

FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern state: how courts reformed america’s prisons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FISS, Owen. **The civil rights injunctions**. Bloomington: Indiana, 1978.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

FREITAS, Ana Teresa Silva de. Protagonismo judicial no Brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais sociais. **Revista de Políticas Públicas**, v. 18, n. 4, p. 379-389, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/2729/3928>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

G1 RIBEIRÃO E FRANCA. **Presas em Colina, SP, usam miolo de pão como absorvente, diz Defensoria**. 2013. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2013/01/presas-em-colina-sp-usam-miolo-de-pao-como-absorvente-diz-defensoria.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Assistência social às famílias nas constituições brasileiras**: institucionalização dos espaços domésticos e poder. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

_____. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

_____. **Teoria pura do direito**. 5. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso Ricardo Lewandowski**. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/discurso-ricardo-lewandowski-durante.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 43, n. 172 p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em : <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

MANDELA, Nelson. **Longa caminhada até a liberdade**. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica**: o julgamento da ADPF 347. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347?ref=topic_feed>. Acesso em: 15 jun. 2017.

MOURA, Tatiana Whately et al. **Mapa da Defensoria Pública do Brasil**. Brasília, DF: Anadep/Ipea, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. A. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RIO DE JANEIRO. Conselho Penitenciário. **Estabelecimentos penais e vara de execuções penais no Brasil**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estatistica-presos-presidios-brasil.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, n. 117, 2004

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Método, 2013.

UOL NOTÍCIAS. **Espírito Santo deve responder por abusos cometidos em celas-contêineres, diz ONG**. 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/09/06/apos-desativar-celascontenineres-espírito-santo-deve-responder-por-abusos-cometidos-diz-ong.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.