

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIA
CURSO DE DIREITO**

ALESSANDRO JOSÉ GORGULHO FIGUEIREDO MIGUEL

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: ativismo judicial e o julgamento da ADPF
347**

IMPERATRIZ
2018

ALESSANDRO JOSÉ GORGULHO FIGUEIREDO MIGUEL

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: ativismo judicial e o julgamento da ADPF
347**

IMPERATRIZ
2018

ALESSANDRO JOSÉ GORGULHO FIGUEIREDO MIGUEL

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO: ativismo judicial e o julgamento da ADPF 347**

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

Orientador: Paula Regina Perreira do
Santos Marques Dias

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Paula Regina Perreira do Santos Marques Dias
Prof^a. Msc. Em Direito, Relações Internacionais
e Desenvolvimento – PUC-GO

Sara Lamarck
Prof^a. Msc. Em Direito, Relações Internacionais
e Desenvolvimento – PUC-GO

Conceição Aparecida Barbosa
Prof^a. Dr. Em Filologia em Língua Portuguesa - USP

A meu saudoso pai.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à Professora Paula Regina Pereira dos Santos Marques Dias pela ajuda e atenção prestada, que foi de extrema valia e imprescindível para a execução deste trabalho. Gostaria de agradecer também aos meus amigos Antônio Carlos Sousa e Gladson Respandes que muito me ajudou nas dicas para pesquisas referentes à minha monografia. Não posso deixar de salientar a importância de todos os professores do departamento de Direito, unidade Imperatriz, em que tive a honra de ser aluno e que muito contribuiu para minha formação acadêmica.

Agradeço também aos amigos de sala, que estiveram presentes em todos os momentos e que me são inestimáveis: Ian, Yngryd, Lucas, Bruna Zenker, Rayanne, Paulo, Bruno, Ana Cleia, Beatriz, Bruna Kelly, Elias, Felipe, Gabriel, Gabriella, Gleidson, Guilherme, Joaibe, José Willames, Mirelly, Rogério, Sérgio, Larissa, Vinícius, Yara, Ewerton, Safira, Tyessa, Kelvia, Danilo, Valtey, Lícia, Rodrigo, Larice, Adão, Evando, Joilton, Betânia, Larisse, Marcelo, Rívica, Kaley, Esdras, Zilanda, Kayla, Elton e tantos outros que compartilharam alegrias e tristezas durante minha permanência na UFMA.

Agradeço com muito carinho a presença da Amanda que me ajudou nestes últimos anos e que tanto aprendi a amar.

Gostaria de agradecer a meu pai, que sempre acreditou na minha pessoa e a quem devo grande parte de minhas conquistas. Agradeço a minha mãe e irmãos pela dedicação, tempo e carinho dispensados por eles em favor de minha pessoa e pela resistência, luta e superação que pego como exemplo para sempre lutar por algo bom.

Obrigado!

RESUMO

Monografia de bacharelado sobre a aplicação da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* ao sistema prisional brasileiro a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF. Este trabalho tenta estabelecer uma relação entre os problemas encontrados no interior dos presídios à busca de novos paradigmas que apontam para soluções desses problemas. Tem também dimensionar o ativismo judicial, materializado no *Estado de Coisas Inconstitucional*, sem que fira os preceitos democráticos fundamentais do Estado.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Sistema prisional brasileiro. Litígio Estrutural. Ativismo Judicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ABSTRACT

Bachelor's monograph on the application of the statement of the State of Things Unconstitutional to the Brazilian prison system from the Arrangement of Non-compliance with Basic Precept (ADPF) nº 347 / DF. This work tries to establish a relation between the problems found inside the prisons to the search of new paradigms that point to solutions of these problems. It also has to scale judicial activism, materialized in the State of Things Unconstitutional, without violating the fundamental democratic precepts of the State.

Keywords: Unconstitutional State of Things. Brazilian prison system. Structural litigation. Argument of Non-compliance with Fundamental Precept. Democratic State.

SUMÁRIO

1. Introdução	09
2. O Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade Humana	11
2.1. Problemas do Sistema Prisional Brasileiro	11
2.2. O Princípio da Dignidade Humana afetado	18
3. O Estado de Coisas Inconstitucional	21
3.1. Fundamentos do Estado de Coisas Inconstitucional	23
3.2. Objeto da declaração de Estado de Coisas Inconstitucional	25
3.3. Pressupostos do estado de coisas inconstitucional	26
3.4. Conceito de Estado de Coisas Inconstitucional	29
3.5. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural	30
3.6. Requisitos para se superar o Estado de Coisas Inconstitucional	32
3.7. O Estado de Coisas Inconstitucional e o ativismo judicial	33
4. O Supremo Tribunal Federal e a Possibilidade de Declarar o <i>Estado de Coisas Inconstitucional</i> do Sistema Carcerário Brasileiro	38
4.1. O Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro	39
5. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF e o Debate Sobre o <i>Estado de Coisas Inconstitucional</i> no STF	47
6. Considerações Finais	54
7. Referências Bibliográficas	56

1. INTRODUÇÃO

O *Estado de Coisas Inconstitucional* é instituto jurídico de origem nos julgados da Corte Constitucional colombiana proferidos no início da década de 1990, devido ao reconhecimento de incontáveis lesões a direitos fundamentais, determinando como objetivo a consecução de meios eficientes para superar a realidade carcerária desprezível e ainda mais agravada pelo caráter omissivo do próprio poder público.

No sistema judiciário brasileiro, houve o reconhecimento deste instituto em setembro de 2015, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, momento em que os próprios presídios brasileiros apresentavam situação de gritantes violações aos direitos fundamentais dos detentos.

É notório que a República Federativa do Brasil intencionou, de forma literal no texto da Carta Constitucional de 1988, precisamente no artigo 1º, implantar o Estado Democrático de Direito. Desta forma, os direitos fundamentais tornaram-se questões prioritárias, como meios protetivos ao cidadão.

Ademais, ainda expressa na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XLIX o respeito à integridade física e moral do encarcerado.

O estudo da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF) das últimas duas décadas possibilita chegar à identificação de que ocorreu clara avanços na atuação da Suprema Corte no controle de constitucionalidade das normas e de políticas públicas.

Destarte, a Suprema Corte brasileira, como depositário da Constituição da República, respaldado pelos dispositivos supracitados, decidiu importante julgado que inseriu o *Estado de Coisas Inconstitucional* no ordenamento pátrio.

Neste diapasão, o presente trabalho almejará uma análise do *Estado de Coisas Inconstitucional* nos seus particulares moldes definidos pelo Supremo Tribunal Federal, focando nos despachos determinados por esta Corte, trazendo à tona discussões à cerca da referida decisão, baseadas no ativismo judicial e argumentos favoráveis.

Este trabalho faz-se de suma necessidade devido à parca discussão doutrinária sobre a temática. Assim, ainda é vacilante os conceitos atinentes ao

tema, existindo muitas lacunas, fato que faz deste trabalho possuir relevo para se tentar colmatar despretensiosamente.

O capítulo intitulado “*O Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade Humana*” apresenta o quadro deplorável do sistema prisional brasileiro e demonstra como este quadro afeta as condições mínimas de dignidade da pessoa humana, maculando os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

O capítulo “*O Estado de Coisas Inconstitucional*” apoia-se na experiência doutrinária constitucional colombiana para fundamentar conceitos necessários para o caso brasileiro. Também identifica os pressupostos necessários para se declarar o *Estado de Coisas Inconstitucional*.

Já o capítulo “*O Supremo Tribunal Federal e a Possibilidade de Declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário Brasileiro*” analisa a atuação do Supremo Tribunal Federal nas questões que ferem os princípios fundamentais constitucionais. Busca compreender o ativismo do STF no contexto político brasileiro, particularmente no sistema carcerário brasileiro, e as possibilidades que a declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* abrem ao diálogo dos poderes da República a partir da constatação da presença dos pressupostos do litígio estrutural nas prisões brasileiras.

E, enfim, o capítulo “*A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF e o Debate Sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no STF*” busca analisar o tema corrente a partir da ação de ADPF nº 347: desde suas possibilidades, mas também os perigos que podem acarretar ao sistema democrático brasileiro.

2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O capítulo tem como finalidade demonstrar a atual situação do sistema prisional brasileiro, indicando os problemas mais relevantes, e engendrando a relação desses problemas com os princípios fundamentais do encarcerado, principalmente a sua dignidade.

2.1. Problemas do sistema prisional brasileiro

Nestes últimos anos, nos diversos veículos de notícias tem-se noticiado em certo tom colérico as incontáveis rebeliões que acometeram inúmeros presídios de norte a sul, leste a oeste, do Brasil. E, como consequência, informações de violência, mortes e graves desrespeitos aos direitos humanos do preso.

Segundo o site de notícias G1¹, a rebelião no Complexo de Anísio Jobim, um dos maiores do Norte e Nordeste brasileiro, teve início no dia 1º de janeiro do ano de 2017, após uma fuga em massa de presidiários do Instituto Penal Antônio Trindade, logo ao lado do Complexo. No acontecido, segundo fontes do site G1, 12 funcionários do Complexo foram feitos de reféns e, em apenas 16 horas, a rebelião já contava com mais de 50 mortes.

O mesmo site G1² noticiou rebelião na penitenciária estadual potiguar de Alcaçuz (RN). A rebelião teve início logo após fim do período de visita do dia 14 de janeiro. O resultado foi de 26 mortes, sendo que 15 delas por decaptação.

Como não se pode olvidar, o problema carcerário brasileiro acompanha nossa história. E a prova das históricas fatalidades nos reporta ao ano de 1992, quando a Tropa de Choque de São Paulo invadiu a Casa de Detenção do Complexo do Carandiru para conter uma rebelião em que resultou na morte de 111 detentos, a maior tragédia do gênero em presídios nacionais³.

¹ *'Rebelião em presídio de Manaus deixa reféns e mortos'*. G1: AMAZONAS. Acesso em maio/2018

² *'Estão armados e se matando'*. G1: Rio Grande do Norte. Acesso em maio/2018

³ *'Massacre que matou 111 presos no Carandiru completa 20 anos'*. G1: São Paulo. Acessa em maio/2018

Diante desses e de outros tantos exemplos, está clara e plausível a afirmação de que há um sistema prisional falido no Brasil, em virtude da ausência de atitudes eficientes da Administração Pública, bem como de estabelecimentos prisionais que realmente alcancem efetivamente a ressocialização do apenado.

O objetivo do sistema prisional brasileiro é o de ressocializar o indivíduo a partir da punição pelo crime cometido por ele. O Estado assume a responsabilidade de combate à criminalidade, separando o criminoso do restante da sociedade, através da prisão, por meio da privação de sua liberdade, na crença de diminuir o risco social que o criminoso representa.

Tal estratégia do Estado, Foucault orienta que:

[...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.⁴

Assim, o criminoso é condenado e preso por pressão social e a sua recuperação é um encargo de ordem moral, da qual não se deve afastar.

O sistema carcerário brasileiro está faltando com a legalidade, visto que as condições deprimentes, subumanas e a precariedade que os detentos vivem atualmente são temas calorosos. Haja vista que os presídios se tornaram um amontoado de pessoas, teme-se que a superlotação, a falta de higiene pessoal mínimo nas celas e uma precária assistência médica façam do presídio foco de doenças contagiosas; teme-se também que o interior do presídio torne-se um antro reprodutor da violência, onde os mais fortes subjagam os mais débeis.

Assim reitera o ilustre Júlio Mirabete:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e,

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigil e Punir: Nascimento da prisão*. 39ª ed. Petrópolis: Vozes, p. 79, 2011.

provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.⁵

Presente esta situação calamitosa do sistema prisional brasileiro, fica claro o necessário cumprimento do Estado da normas estabelecidas na Constituição Federal de 1988 e também estabelecidas em normas infraconstitucionais, destacando que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984), em seu artigo 10, assim dispõe:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.⁶

Desta forma, pelo artigo supracitado é imputado ao Estado o poder-dever de assegurar direitos instituídos pela Lei de Execução Penal, com fulcro na reeducação do preso para posterior reintegração ao convívio social, imiscuindo-se nas estatísticas de criminalidade.

Dentre incontáveis problemas do sistema carcerário brasileiro, um dos primaciais é o da superlotação, contando os presídios brasileiros como problema crônico de encarcerados acima dos limites estipulados, sendo problema essencial para que outros também considerados graves venham a ocorrer, tais como a deficiente assistência médica, a precária higienização das celas, e deficiente dieta alimentar dos presos, sendo estes problemas, como bem dito acima, derivados da superlotação, e em seu conjunto denotando a situação vexatória e alarmante do sistema prisional brasileiro.

Esta atual precariedade do sistema prisional brasileiro acarreta o desprestígio por parte da sociedade no atingimento da função essencial da prevenção e da reabilitação do condenado que o sistema se propõe. Diante de tantos fatores calamitosos é notório que o Estado não vem atingindo seus objetivos na seara da segurança pública. A Lei de Execução Penal, expressamente em seu artigo 8º, estabelece que o cumprimento de pena segregativa se realize em cela individualizada com área padrão mínima de 6m²,

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 13º ed. São Paulo: Saraiva, pág. 89, 2017.

⁶ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

enfim exigências já reconhecidas, desde pelos profissionais da área até pelo homem comum, como não frequente nos presídios do Brasil.

Ademais, a própria Lei de Execução Penal, artigo 85, estabelece que deve-se ter compatibilidade entre a estrutura de um presídio e sua capacidade de lotação máxima, não obstante, a superlotação tem como consequência imediata não somente a violação de preceito legal, e também, de princípios constitucionais.

Nos artigos 12 e 14 da Lei de Execução Penal, o encarcerado contará com ajuda material, com fornecimento de material de higiene pessoal, instalações sanitárias adequadas e acesso à assistência médica, farmacêutica e odontológica. Mais uma vez, a realidade fere uma regra da Lei de Execução Penal, visto que inúmeros presos vivem famigeradamente em celas abarrotadas de pessoas submetidas a insalubres condições de higiene.

Estas mazelas presentes no interior dos presídios brasileiros denotam que no sistema penitenciário nacional instalou-se um completo caos humanitário, onde vivencia-se a soma de descasos e inépcias que resulta numa avalanche de problemas. Descasos de governantes, sucateamento da estrutura física e do corpo profissional, superlotação, que leva a uma dificuldade patente de recuperar o detento.

No que se refere ao excesso de encarcerados nos presídios, externa Virgínia Camargo:

As prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso a sua devida dignidade. Devido à superlotação muitos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo a buraco de esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe nem lugar no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em rede.⁷

Como a doutrinadora acima demonstra, a situação é bem distinta da expressa no artigo 85, da Lei de Execução Penal, o qual claramente regra que a quantidade de encarcerados deve ser condizente com a estrutura e a finalidade do estabelecimento prisional.

No mesmo contexto, narra Rafael Damasceno:

⁷ CAMARGO, Virgínia da Conceição. *Realidade do Sistema Prisional*, 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br>> Acesso em 04 abr. 2018.

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.⁸

O doutrinador Virdal Senna ensina:

O sistema carcerário brasileiro, na quase totalidade, é formado por unidades pertencentes à esfera estadual de governo, a imensa maioria com excesso populacional carcerário, não possibilitando aos administradores, por falta de espaço físico, a individualização da pena, muitas vezes não havendo condições para a separação entre os presos provisórios e os condenados, descumprindo uma norma da Lei de Execução Penal, que estabelece a custódia separada entre processados e sentenciados, e estes, pelos respectivos regimes.⁹

Por causa da lotação dos presídios, há muita dificuldade na separação dos presos qualificados como de alta periculosidade daqueles que foram punidos por crimes mais brandos, sujeitando estes a coabitarem no mesmo meio daqueles.

Assim, essa situação denega o que preceitua o artigo 84 da Lei de execução Penal, prescrevendo pelo apartamento entre os presos provisoriamente e os que já estão condenados por sentença transitada em julgada.

O artigo 88 da Lei de Execução Penal dispõe que:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) Salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) Área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).¹⁰

⁸ ASSIS, Rafael Damasceno de. *As Prisões e o Direito Penitenciário no Brasil*, pág. 4, 2007. Acesso em abril/2018.

⁹ SENNA, Virdal. *Sistema Penitenciário Brasileiro*, 2008. Acesso em abril/2018.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

Os direitos essenciais de vida digna dentro de uma prisão expressos no artigo acima citado, da Lei de execução Penal, são gravemente feridos quando se depara com a realidade vivida por inúmeros encarcerados das prisões espalhadas pelos quatro cantos do Brasil.

Nessa situação, o ilustre doutrinador Eduardo Oliveira externa deveres cabíveis ao Estado:

O Estado deveria criar outras e estruturar as unidades já existentes desta natureza, para que estas recebam maior número de apenados, os quais se encontram em verdadeiros depósitos de homens, na maioria das vezes sem ter ocupação e uma perspectiva de melhora.¹¹

Diante de tanta calamidade é complicado atingir a ressocialização do apenado quando o sistema prisional não atinge condições mínimas para a consecução do que esta expresso no artigo 83 da Lei de Execução Penal:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estagiário de estudantes universitários.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, amamenta-los, no mínimo, até 6 meses de idade.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública.¹²

Em relação à assistência material e ao acesso à saúde do apenado e do internado, a Lei de Execução Penal esclarece em seus artigos 12, 13 e 14.

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetivos permitidos e não fornecidos pela Administração.

[...]

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do Internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

¹¹ OLIVEIRA, Eduardo. *Política Criminal e Alternativas a Prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹² BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Op. cit.

[...]

§ 2º Quando o estabelecimento penal não tiver aparelhamento para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.¹³

Segundo dicção dos artigos acima, o preso ou internado, terá adequada assistência do estado no que se trata da sua higiene, inclusive a pessoal, das instalações adequadas para o acesso ao atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Mas também nesses aspectos o estado presta um mau serviço aos apenados, pois estes estão subjugados a péssimas condições de higiene e inexistindo qualquer tipo de assistência médica, muito menos farmacêutica e odontológica.

Some-se estas deficiências a tantas outras que também maculam a Lei de execução Penal e a dignidade humana, princípio basilar da nossa Constituição Cidadã¹⁴. É notório que a maioria dos apenados não se alimentam adequadamente, não cumprem suas penas com um mínimo de higiene, não possuem assistência de qualquer tipo.

Pelo descumprimento da lei, é indubitável que surjam inúmeros problemas graves, como, dentre tantos, a proliferação de doenças infecciosas, o stress coletivo.

Faz-se saber o magistrado Sérgio Teixeira:

Fundada na ideia de individualização da pena, as Regras Mínimas para Tratamento do Preso apontaram para a exigência de um estudo da personalidade e um programa para tratamento individual do encarcerado, [...] de orientar sobre higiene e serviços médicos no cárcere [...].¹⁵

¹³ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Op. cit.

¹⁴ Como é conhecida a Constituição Federal de 1988, regente do ordenamento jurídico brasileiro atual.

¹⁵ TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, pág. 2016, 2008.

Porém, a ideia da individualização citada por Teixeira não funciona num Estado que relega a segundo plano sua política prisional. Estado que fere, na prática política, a dignidade da pessoa humana que tanto iconiza em teoria.

O Estado possui a prerrogativa de prender um indivíduo, com a alegação de estar protegendo bens jurídicos tutelados por ele próprio, com o fito da manutenção da paz social.

Com o discurso da opressão necessária, é criado o Direito Penal, meio regulador das condutas do homem, estabelecendo sanções aos que transgridem as regras prolatadas pelo Estado, expressas no Código Penal e demais Leis Penais esparsas. Por outro lado, a própria legislação penal clama pela garantias fundamentais da pessoa, pois não se pode denegar os princípios constitucionais.

2.2. O princípio da dignidade humana afetado

O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988¹⁶ prevê aos apenados a garantia ao respeito à integridade física e moral. Entretanto, o Estado mal garante a aplicação da lei. Sabe-se que o respeito à pessoa humana é princípio basilar da Constituição Federal (1988) e cabe ao Estado, a partir da rotina política prisional, promover a proteção das garantias fundamentais ao seu tutelado.

Tal responsabilidade já se fez proclamada em normas internacionais e nacionais, objetivando esclarecer o papel do estado, no intuito de assegurar direitos e garantias ao apenado, contra atos que os ferem. Neste contexto, pode-se ressaltar as garantias previstas na Lei de Execução Penal, cujos artigos de relevo para o assunto foram comentados neste capítulo. Na seara das normas internacionais, pode ser exemplificada a existência de uma miríade de convenções, tais como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução das Nações Unidas que prevê regras mínimas para o tratamento do preso.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Particularmente, a Constituição Federal de 1988 reservou grande número de normas que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do preso.

As garantias fundamentais já estão amplamente expressas no ordenamento jurídico brasileiro. A lacuna, como defende grande parte da doutrina, está na aplicação das normas garantidoras.

Observa-se, dentro da prisão, o desrespeito gritante das normas constitucionais. O apenado habita um local que deveria ressocializá-lo. Mas não é isso que ocorre: agressões que partem tanto dos próprios presos como dos agentes da administração prisional; o total despreparo do estabelecimento prisional para atender as necessidades mínimas do apenado para se usufruir de uma plena dignidade.

É patente, portanto, incontáveis ofensas à dignidade da pessoa humana no interior do estabelecimento prisional, afastando-se da finalidade derivada da política prisional, que é ressocializar o apenado, e tudo com a parcimônia de atitudes e convivência das instituições responsáveis.

O desrespeito à dignidade humana deve ser associado ao não adimplemento das normas constitucionais, um golpe no que tange o Estado de direito, não podendo ser tolerado tal aviltante atitude do Estado.

Há de se destacar ainda o que está ditado no artigo 40 da Lei de Execução Penal:

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.¹⁷

Ainda alerta o especialista em Segurança Pública, Jair Ribeiro:

A crise vivenciada, pelos mais diversos países, na atualidade, quanto ao aparelho carcerário, não permite cumprir com os objetivos esculpidos pela Legislação, contudo precisam de restabelecimento e efetivação imediata, quão unicamente acontecerá se tiver vontade política e coragem para que seja dado o pontapé inicial.

[...]

O Estado deslocou seu foco, para uma simples manutenção da ordem, esquecendo-se do princípios orientadores, seus fundamentos, isto leva a mudança de visão acerca do preso, pois, quando o próprio Estado esquece que o indivíduo preso é um cidadão que faz parte do mesmo meio social, isto se reflete em toda a sociedade, a qual passa

¹⁷ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Op. cit.

a tratar o preso, mesmo depois de ter cumprido a pena, como não mais sendo este um cidadão.¹⁸

Assim, complementando Jair Ribeiro, é de fundamental necessidade humanizar o apenado, ensejando-lhe o mesmo respeito e dignidade cabível aos outros concidadãos. Ainda assim, as lacunas da administração do sistema prisional são estarecedoras, e devem ser sanadas com a atitude de todas as esferas de poder de um Estado.

Paulo Queiroz, ilustre doutor em Direito Penal pela PUC/SP, assim leciona:

O fim da pena era a prevenção eficaz da prática de novos delitos, baseado na individualização de cada infrator, sendo que a missão da pena para os ocasionais, não seria a penalização, mas sim advertência, para que necessitem de correção, seria a ressocialização com a educação durante a execução penal, e para os incorrigíveis seria a penalização por tempo indeterminado, ou seja, até que não reste dúvida da recuperação do infrator. As críticas feitas a esta teoria se baseia justamente na incapacidade de educar e ressocializar o infrator nas condições reais existentes no país, como educar para a liberdade se o preso não conhece a liberdade, sabemos que o sistema prisional no Brasil não ajuda ninguém que ali está submetido à pena restritiva de liberdade.¹⁹

Desta forma, o sistema prisional brasileiro tem o dever de garantir ao apenado condições mínimas de dignidade para assim atingir a tão prolatada ressocialização. A dignidade humana como princípio fundamental expresso na Constituição Federal de 1988 como escopo para a consecução da ressocialização do preso.

¹⁸ RIBEIRO, Jair Aparecido. *Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário paranaense*, 2012. Acesso em maio/2018.

¹⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, pág. 112, 2008.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Estes capítulo aprofunda o entendimento sobre o Estado de Coisas Inconstitucional que poderá ser sintetizado em: fundamentação, objeto principal, pressupostos e, enfim, o conceito propriamente dito.

Além disso, faz uma relação entre o Estado de Coisas Inconstitucional e as perspectivas do ativismo judicial e, também, o litígio estrutural.

Pela apreciação do capítulo anterior, observa-se que existe uma grave omissão inconstitucional relacionada a falhas estruturais do sistema carcerário brasileiro, cuja situação torna-se mais grave quando se depara com o despreparo estatal em solucionar o problema, causando, assim, uma violação massiva e persistente dos direitos fundamentais do encarcerado. Tal situação deplorável não é apenas patente no Brasil, sendo presentes os mesmos problemas em tantos outros países pobres do mundo.

Na Colômbia, para proteger os direitos fundamentais, a Corte Constitucional colombiana tomou medida extrema: reconhecer a vigência de um *Estado de Coisas Inconstitucional*.

Trata-se de medida que conduz o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e a almejar garantir os direitos fundamentais, vez que havia a constatação de graves violações a esses direitos por clara omissão da Administração Pública. O juiz constitucional está diante de uma realidade carcerária que requer célere resposta e, simultaneamente, com falhas na gestão carcerária, além do estado inconstitucional em si mesmo, há improvável possibilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais.

Sob essa situação, a jurista colombiana Clara Inés Vargas Hernández alega:

“É necessário o compromisso ético do juiz constitucional de não permanecer indiferente e imóvel frente a diversas situações estruturais, que se inter-relacionam lesando de maneira grave, permanente e contínua numerosos direitos inerentes ao ser humano.”

[...]

“A doutrina do *estado de coisas inconstitucional* defende a intervenção estrutural da Corte Constitucional naqueles casos em que detecta uma violação massiva e sistemática de direitos. Tal situação é entendida como tendo sido gerada por deficiências dos arranjos

institucionais do Estado. [...] quando se detecta um *bloqueo constitucional* que gere uma violação de direitos dessa magnitude, a Corte declara a existência de uma realidade inconstitucional, sendo a principal consequência que a Corte passa a cumprir funções de criar políticas públicas, alocar recursos, e implementar direitos sociais e econômicos que seriam de competência do poder legislativo em um modelo convencional de separação dos poderes.”²⁰ [tradução própria]

O juiz, de acordo com a magistrada colombiana, é levado a cumprir a função de garantidor dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista. A Corte atua para proteger não apenas um direito fundamental individual, mas sim o sistema de direitos fundamentais como um todo.

A declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* mostra-se, desta forma, ferramenta jurídica caracterizada pela presença de um magistrado mais ativo, mais envolvido em solucionar problemas estruturais que causam uma afetação ao gozo dos direitos fundamentais. Um magistrado que transcende a resolução de casos particulares e incorpora-se a ser agente de transformação, cujas decisões exigem atuação sincronizada das autoridades públicas atuando para superar as violações dos direitos fundamentais.

Reconhecendo-se o *Estado de Coisas Inconstitucional*, como solução jurídica, prova a grande lacuna que existe entre positivar a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais e o efetivo desfrute desses direitos no plano social. Além do mais, expressa que a omissão estatal nada tem a ver com enunciados constitucionais garantidores desses direitos, mas sim com o quadro de precariedade de aplica-los, em relação às quais o legislador, o administrador público ou ambos foram omissos ao remediar o problema.

Assim, assumir a ideia do *Estado de Coisas Inconstitucional* é de grande importância e relevância em países maculados pela grave crise e desigualdades sociais, como é o caso do Brasil. Com a declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*, o juiz procura aproximar-se da realidade social,

²⁰ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, nº 1, Universidad de Talca, Chile, pág. 206, 2003.

superando as promessas de direitos formalizados na Constituição, atuando como agente de transformação social.

A possibilidade de o juiz praticar medidas desse quilate está coligada ao papel que ele pode cumprir ao identificar a perspectiva teórica de violação dos direitos fundamentais como aspecto de omissão dos preceitos constitucionais. Assim, com o *Estado de Coisas Inconstitucional*, a Corte corrobora as falhas das políticas sociais do Estado agravando o quadro de inconstitucionalidades. São as omissões da Administração Pública, em geral, que abrem brechas para a intervenção judicial.

Cria-se a possibilidade de o juiz influir e exigir a produção de leis e políticas públicas, com o fito de superar as violações a direitos constitucionais. Ao invés de deixar livre o Estado para decidir sobre leis e orçamentos para enfrentar os problemas estruturais, ou simplesmente colmatar a omissão dos governantes, o juiz declara o *Estado de Coisas Inconstitucional* e atrai para si a ação e a fiscalização do processo de resolução dos problemas.

3.1. Fundamentos do estado de coisas inconstitucional

O estudo do *Estado de Coisas Inconstitucional* não emerge de uma lacuna filosófica ou jurídica, mas possui base em relevantes mutações culturais das últimas décadas.

Sob o aspecto filosófico, ensina Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

“A doutrina encontra fundamento na filosofia política liberal-igualitária, por exemplo, na teoria da justiça de John Rawls, mais precisamente em sua noção de mínimo social (*social minimum*). Para Rawls, questões de justiça básica alcançam preocupações com a desigualdade social e econômica e a distribuição desigual de oportunidades, no entanto, essas questões devem ser deixadas às decisões do legislador democrático. Por sua vez, a negativa de liberdades básicas, incluída a circunstância de uma determinada sociedade democrática recusar qualquer mínimo social adequado a determinados grupos, pode ser controlado pelas cortes no âmbito da *judicial review*.”²¹

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm,, pág. 158, 2016.

Para a doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a concepção do filósofo norte-americano reconhece que obstar o mínimo de condição social aos marginalizados implica denegar-lhes a possibilidade de incutirem valores morais, o que representa uma violação aos elementos constitucionais essenciais.

Continua Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

“Condições sociais mínimas são, para Rawls, indispensáveis para que os indivíduos se vejam como capazes de exercer liberdades e direitos básicos. [...] as necessidades básicas dos seres humanos, dentro de uma perspectiva não ideal, devem ser asseguradas pela justiça constitucional em razão de a garantia do mínimo social ser um elemento constitucional essencial. A proposta *rawlsiana* serve para justificar o papel da Corte Constitucional [...] na tutela do mínimo existencial violado no casos de *Estado de Coisas Inconstitucional*.”²²

Sob o visão da teoria constitucional, o juiz constitucional deve basear-se em aspectos basilares do neoconstitucionalismo, tal como o enquadramento do poder político a favor dos direitos das minorias e a tutela dos direitos fundamentais. Assim deve: reconhecer a normatividade e a relevância dos princípios do Direito; denegar formalidades no processo de interpretação e aplicação das normas inscritas na Constituição; vincular atores públicos e privados à consecução das normas fundamentais; defender a concepção do Direito como expoente da Moral diante da relevância normativa de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade; assunção do ativismo judicial e a ação de poderes políticos para a se concretizar os direitos fundamentais.

Sob a perspectiva metodológica, o *Estado de Coisas Inconstitucional* é uma oposição ao formalismo do Direito. Neste diapasão, no *Estado de Coisas Inconstitucional* a hermenêutica das normas constitucionais não se resume ao plano textual da norma, mas abrange os atos e os fatos que possuem liame com a norma constitucional. Vale dizer, a violação dos preceitos constitucionais fundamentais no *Estado de Coisas Inconstitucional* não é problema essencialmente de textualização e conteúdo semântico, não obstante de lapso de direito efetivado, na verdade, da lacuna abissal entre os ditames

²² Ibid. pág. 158.

constitucionais e a realidade social. E esse fato importa a clara constatação de que a declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* alcança a falta de efetividade de direitos sociais e econômicos devido a erros do ciclo de políticas públicas.

3.2. Objeto da declaração de Estado de Coisas Inconstitucional

Os casos de declaração de *Estado de Coisas Inconstitucional* pela Corte Constitucional colombiana revelam-se que a atuação concentra-se particularmente em questões sociais e econômicas. Observa-se a falta ou a deficiência de coordenação entre as aplicações legiferantes, administrativas e orçamentárias, acarretando a falta de efetividade na consecução, pelo Estado, de suas atribuições em favor dos direitos sociais, dentre os quais a própria condição de dignidade dos encarcerados colombianos.

Tanto na realidade colombiana, quanto na nossa realidade brasileira, além das aspirações de garantias essenciais, os direitos fundamentais estão expressos claramente na Constituição como normas jurídicas, compelindo ao Estado o dever de concretizar esses direitos.

É lógico que o correto seria a realização dos direitos fundamentais através da implantação de políticas públicas. Entretanto, ao se constatar falhas estruturais, o juiz constitucional associa tais falhas à deficiência estatal em alcançar seus fins sociais e econômicos. Os direitos fundamentais não atingem sua efetividade, em razão da ausência de medidas legislativas e regulamentares, ou da ineficiência das práticas administrativas, ou também da precarização da própria estrutura ou funcionamento anômalo das instituições, ou de tudo um pouco. Assim, a declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* é não deixar de ser uma apreciação contra a política pública aplicada pelos governantes, desde sua formulação até a implantação. O Judiciário ativo interfere nessas políticas públicas, protegendo toda a dimensão dos direitos fundamentais, o que significa buscar soluções ao estado de inconstitucionalidade em benefício geral, igualmente.

3.3. Pressupostos do estado de coisas inconstitucional

Pela experiência representada pela Corte Constitucional colombiana, são levantados três pressupostos fundamentais definidores da existência de um *Estado de Coisas Inconstitucional*.

O primeiro pressuposto é o da identificação de uma situação não apenas de proteção deficiente, mas também de violação generalizada e contínua de inúmeros direitos fundamentais, que acaba por afetar um número considerável de indivíduos. Além de constatar o descumprimento ao direito particular do demandante ou de vários demandantes em um processo, há também a violação sistêmica, preocupante e persistente de direitos fundamentais que afeta uma quantidade grande e indeterminada de pessoas. A violação se mostra como grave problema que, além de jurídico, é também social.

Segundo Bianca Raquel Cárdenas:

Para que seja racional a identificação desse [...] fato, é necessário que três aspectos estejam presentes: violação massiva e contínua de direitos; variedade de direitos fundamentais violados; e o número amplo e expressivo de pessoas e grupos afetados. Portanto, para configuração desse primeiro pressuposto, (i) não se trata de violação a qualquer norma constitucional, mas apenas àquelas relativas, direta ou indiretamente, a direitos fundamentais, e não basta qualquer violação de direitos, mas apenas aquela espacial e qualitativamente massiva, sistemática e contínua; (ii) não basta o envolvimento de um direito fundamental específico, e sim de uma variedade desses (liberdades fundamentais, direitos sociais e econômicos, dignidade humana, mínimo existencial); (iii) não se trata de violações que alcancem populações locais ou restritas, e sim número elevado e amplo de pessoas e grupos, máxime, minorias e grupos vulneráveis.²³ [tradução própria]

O segundo pressuposto é o da omissão repetitiva e persistente dos governantes na execução das obrigações de tutela e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de medidas administrativas, financeiras e legislativas demonstra falha geradora de violações sistemáticas dos direitos fundamentais, mas também o prolongamento e acirramento da situação. Não é apenas a parcimônia de um agente público apenas, mas a dinâmica deficiente do Estado

²³ CÁRDENAS, Raquel Blanca. *Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colômbia, pág. 35, 2011.

como um todo que acarreta a violação dos direitos fundamentais. Ademais, os poderes, órgãos e entidades no geral se mantêm omissivos para a superação ou redução do quadro de inconstitucionalidade. Ou seja, é um mau funcionamento estrutural e persistente do Estado como fator do pressuposto anterior, o da violação ampla dos direitos fundamentais.

Se se considera esse segundo pressuposto em sentido mais amplo, pode-se inserir a omissão estatal inconstitucional sob a ótica material. O vacilo estatal estrutural pode ter seu começo na omissão do Legislativo ou na falta de regulamentos normativos, na falta de ação política ou na falta de coordenação entre leis e execução administrativa.

Como bem externa Raquel Cárdenas:

Leis e regulamentos defeituosos, insuficientes, que promovem proteção deficiente de direitos fundamentais podem ser o ponto de partida de falhas estruturais, mesmo se ausente disposição constitucional expressa do dever de legislar ou regulamentar. Na realidade, o Estado de Coisas Inconstitucional acaba sendo um estado avançado de violação ou proteção deficiente de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais iniciadas em omissões normativas inconstitucionais.²⁴

A falha estrutural expressa-se como lacuna ou anomalia das políticas públicas. Relevada a ausência de medidas legislativas e regulamentares, a ineficácia da Administração Pública, a precária estrutura ou evolução deficiente das instituições, o *Estado de Coisas Inconstitucionais* pode estabelecer-se a partir de problemas com o andamento das políticas públicas. Existe a necessária resposta do juiz constitucional abrangendo a todos que, de certa forma, estejam alcançados pela situação de violação geral e persistente dos direitos fundamentais. Envolver-se nas políticas públicas, atentando para a dimensão objetiva desses direitos, representa gerar decisões que, ao invés de impor obrigações ao Estado em favor de determinadas pessoas, almejam solucionar o *status* de inconstitucionalidade em favor de todos os indivíduos, igualmente.

Nestas circunstâncias, demonstrada a necessidade de intromissão judicial nas políticas públicas, o *Estado de Coisas Inconstitucional* relaciona-se

²⁴ CÁRDENAS, Raquel Blanca. Ibid. pág. 60.

com o intrincado conjunto de falhas e violações na consecução dos direitos fundamentais. Assim, não cabe apenas solucionar uma falha ou problema isoladamente, há na verdade a necessária solução total dos problemas.

O terceiro pressuposto tem relação com as medidas aplicáveis para se superar as inconstitucionalidades, notadamente aquelas falhas que possuem conexão com as deficientes políticas públicas. No rol de soluções, haverá o *Estado de Coisas Inconstitucional* quando a solução dos problemas de violação dos direitos ordenar a expedição de remédios e ações direcionadas não apenas a uma única entidade, mas a um conjunto delas. A responsabilização deve ser difundida a todos os atores públicos.

Para a solução do *Estado de Coisas Inconstitucional*, são exigidas novas políticas públicas ou solução dos erros das antigas, alocação dos recursos orçamentários, correção na estruturas institucionais e, inclusive, nas próprias instituições.

Segundo César Rodrigues Gravito, o terceiro pressuposto:

Revela uma conexão entre o Estado de Coisas Inconstitucional e a figura do litígio estrutural, próprio dos problemas policêntricos. Esse tipo especial de litígio caracteriza-se por: (1) afetar um número amplo de pessoas que alegam, diretamente ou através de organizações, a violação de seus direitos; (2) envolver várias entidades estatais como demandadas por serem responsáveis pelas falhas sistemáticas de políticas públicas; e (3) implicar ordens de execução complexa, mediante as quais o juiz instrui várias entidades públicas a empreender ações coordenadas para proteger toda a população afetada (não somente os demandantes do caso concreto).²⁵[tradução própria]

Ou seja, pelo que se esclarece pela lição da pensadora colombiana, a acepção de litígio estrutural coaduna-se à de *Estado de Coisas Inconstitucional*, engendrando-se nesta relação a fixação de remédios estruturais para a superação das violações aos direitos fundamentais da pessoa.

Defende Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Cumprir dizer que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional [...] se apresenta como verdadeira *senha de acesso* às tutelas

²⁵ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Dejusticia, pág. 16, 2010.

estruturais. Com efeito, os pressupostos principais do Estado de Coisas Inconstitucional – a identificação de violações sistemáticas e generalizadas de direitos e a existência de falhas estruturais [...] que as implicam – justificam e legitimam o engajamento de cortes e juízes na produção de remédios estruturais. Na realidade, as condições para a concessão de remédios estruturais se confundem com os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional.²⁶

3.4. Conceito de Estado de Coisas Inconstitucional

Por esses pressupostos fundamentais, o conceito do *Estado de Coisas Inconstitucional* fica mais claro. Trata-se de um procedimento decisório por meio do qual se demonstra um quadro de inconstitucionalidades. Não deve ser considerado uma ação judicial *stricto sensu*, mas sim uma saída processual que se produz uma norma declaratória do paradoxo entre texto constitucional e realidade social. O *Estado de Coisas Inconstitucional* é um juízo de reprovação da realidade constitucional, no seu aspecto de fato e normativo, partindo-se da ideia de as normas constitucionais não serem realizáveis somente na sua forma positivada, mas sim sua concretização a partir da sua realização na vida das pessoas. O *Estado de Coisas Inconstitucional* emana da tentativa de inserir o fato na norma e expressa a lacuna entre esses elementos em desfavor da justiça e da tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, particularmente dos mais desfavorecidos.

Segundo Leonardo Garcia Jaramillo:

A doutrina da criação judicial do Estado de coisas inconstitucional surgiu como resposta judicial à necessidade de reduzir, em casos determinados, a dramática separação entre as consagrações da normatividade e a realidade social em um país tão particularmente garantista em suas normas como desigual em sua realidade.²⁷

Garcia Jamarillo corrobora, desta sua doutrina, que as omissões estatais inconstitucionais, cujos aspectos levam ao *Estado de Coisas Inconstitucional*, necessitam ser reconhecidas como deficiências das transmutações do texto

²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit. pág. 185.

²⁷ JARAMILLO, Leonardo Garcia. *Constitucionalismo Deliberativo. Estudo sobre o ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. Calli, Universidad ICESI, pág. 188, 2014.

normativo em ações realmente efetivas e sólidas do Estado. Se a consecução da proposta constitucional sobre direitos fundamentais, por parte do poder estatal, revelar-se incompleto e aquém do realmente necessário, tem-se uma realidade em que os fatos acabam por denegar a própria Constituição. O nível da contradição, sua abrangência e os fatores institucionais relacionados demonstrarão se a contradição entre realidade e norma chega a ser externada em um *Estado de Coisas Inconstitucional*.

Quando claros estão os fatores supra indicados, deverá o magistrado, mediante ação cabível, optar pela declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* e aplicar as medidas estruturais plausíveis para a superação da situação. Nesse aspecto, é correta a alegação de Raquel Blanca Cárdenas:

Um Estado de coisas inconstitucional é uma figura de caráter processual e de vocação oficiosa, para a defesa objetiva de direitos humanos, a fim de resolver casos em que se apresenta uma violação sistemática de direitos fundamentais de um grupo significativo de pessoas, cujas causas guardam relação com falhas sistemáticas ou estruturais e com políticas públicas, onde se requer envolver a todos os órgãos públicos necessários e adotar medidas de caráter impessoal que tendem a superar esse status quo injusto, e no qual o juiz constitucional mantém a competência para vigiar o cumprimento da decisão.²⁸

3.5. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural

A análise dos pressupostos vista nas páginas acima demonstra a relação categórica entre o Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural, representado na afetação de uma considerável quantidade de pessoas, inúmeras entidades e por implicar ações de execução direcionadas a transformar o que há de errado e equivocado nas instituições governamentais.

Pelas características do litígio estrutural, exige-se novas formas de pensar sobre o papel do judiciário. O foco deve ser traçado para além da execução dos direitos particulares, ou seja, abranger também maior eficácia das políticas públicas, favorecendo uma miríade de grupos e pessoas interessadas nos direitos em pauta. Os magistrados seriam mais ativos na participação da produção e implantação dessas políticas públicas.

²⁸ CÁRDENAS, Raquel Blanca. Op. cit. pág. 24.

O litígio estrutural vincula o *Estado de Coisas Inconstitucional* à fixar soluções estruturantes. A determinação do *Estado de Coisas Inconstitucional*, com a identificação de seus pressupostos, representa uma brecha para a ação do Judiciário. As ordens estruturais emanadas pelo juiz constituinte são voltadas para as mudanças institucionais necessárias para resolução do problema do litígio estrutural. Não seria apenas, e tão somente, a determinação de obrigações de fazer direcionadas à Administração Pública para que se cumpra uma prestação específica. É muito mais amplo. Trata-se, isso sim, de reestruturar as instituições administrativas do Governo, alteração sistemática que possibilite assegurar a tutela dos direitos fundamentais, que podem atingir tanto a seara legislativa como a administrativa, a regulatória ou também a orçamentária. São remédios que almejam uma reforma estrutural.

O constitucionalista norte-americano Owen Fiss assim se expressa:

Reforma estrutural tem como premissa a noção que a operação de organizações de larga escala, e não apenas indivíduos atuando além ou dentro dessas organizações, afeta a qualidade de nossa vida social de importantes formas. Tem também como premissa a crença que nossos valores constitucionais não podem ser completamente assegurados sem mudanças básicas nas estruturas dessas organizações. O processo estrutural é aquele em que o juiz, confrontado uma burocracia estatal frente a valores de dimensão constitucional, encarrega-se de reestruturar a organização para eliminar ameaças a esses valores constitucionais, impostas pelos arranjos institucionais em vigor.²⁹ [tradução própria]

Owen Fiss eleva a discussão temática, pelas suas palavras acima, afirmando que a reforma estrutural é eloquente, convincente e significativa, visto que possui mais eficácia que os métodos tradicionais de prevenção e reparação. Em litígios estruturais, proteções preventivas ou reparatorias atingem eficácia aquém do necessário, são proteções insuficientes devido a inconstitucionalidade estar intrínseca nas próprias instituições públicas. A adaptação da tutela estrutural supõe um prévio julgamento da existência de um arranjo institucional ineficaz, errático, sendo a sua correção necessária.

²⁹ Cf. por todos: FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Para uma abordagem dogmática, cf. HASEN, Richard L. *Remedies*, 3ª ed. Frederick: Wolters Kluwer, pág. 177-196, 2013

3.6. Requisitos para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional

O presente estudo trabalha relevando o papel da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* para a devida implantação de medidas estruturais, porém a manutenção da declaração não convém durar mais do que o estritamente necessário. No âmago da interferência judicial estrutural como incentivadora das ações dos poderes políticos, a influência do magistrado constitucional deve ocorrer apenas até findarem as violações e os problemas estruturais que lhe deram origem e serviram de bases jurídicas e empíricas. Além da conta necessária, há de desaparecer licitude da medidas estruturantes.

O fim do *Estado de Coisas Inconstitucional* deve passar por uma avaliação sobre os aspectos de sua superação que deve passar pelo crivo de dois critérios: (1) indicadores de processo e (2) indicadores de resultados.

Considerando esses dois aspectos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos indica em seus estudos testes numéricos de superação do *Estado de Coisas Inconstitucional*, composto por 5 passos, a saber:

1º passo – fixação dos tipos indicadores pertinentes para medir a superação: critério de processo e resultado;

2º passo – fixação da lista de indicadores dentro de cada dimensão: dimensão do processo (indicadores de desenho, implementação e avaliação das políticas públicas) e dimensão do resultado (indicadores de gozo efetivo de cada um dos direitos fundamentais envolvidos);

3º passo – determinação dos valores distintos das dimensões de processo e de resultado: necessário determinar qual valor relativo será atribuído a cada uma das duas dimensões, devendo-se dar maior peso à dimensão do resultado do que a do processo, tanto porque a proteção eficaz dos direitos é a própria razão de ser do *Estado de Coisas Inconstitucional*, quando porque as políticas públicas são instrumentais em relação ao resultado de proteção suficiente dos direitos fundamentais; por exemplo, dentro de um total de cem pontos, oitenta para a dimensão do resultado e vinte para a do processo;

4º passo – determinação dos valores de cada indicador dentro de cada uma das dimensões: necessário qualificar numericamente cada indicador dentro dos limites de valores de cada uma das duas dimensões; no caso da dimensão do resultado, não é possível atribuir valores distintos a cada um dos direitos fundamentais envolvidos em

razão da 'indivisibilidade dos direitos e o valor intrínseco de cada um', o que vem a ser ainda mais evidente ante a tutela do mínimo existencial; assim, por exemplo, se são quatro direitos envolvidos, têm-se vinte pontos para cada um, que, somados, alcança o total de oitenta; da mesma forma, no tocante aos indicadores de processo, não haveria 'razão constitucional de fundo para outorgar maior valor a uns que a outros', de modo que cada fase do ciclo das políticas públicas deve receber a mesma pontuação, que, somada, alcance o limite de vinte pontos.

5º passo – fixação do limiar de superação do *Estado de Coisas Inconstitucional*: trata-se da definição dos próprios parâmetros de resultado do teste que [...] deve ser um somatório da pontuação individual dos indicadores de forma a declarar-se superado o *Estado de Coisas Inconstitucional* quando alcançada um 'qualificação relativamente alta' que, segundo sua formulação, deve ser sessenta e seis pontos dos cem possíveis.³⁰

Carlos Alexandre de Azevedo Campos acredita que se deve tornar objetivo o processo de determinação da superação do *Estado de Coisas Inconstitucional*, de maneira que, nas possibilidades de situações de se ferir os direitos fundamentais de menor destaque ou passível de urgência, fica possível a fixação de um limiar menor. Porém completa o autor:

Acredito que, se não fixado um patamar mínimo de pontuação relativa ao gozo de cada direito, particularmente considerado, dentro da dimensão de resultado, existe o risco de o teste conduzir à manutenção parcial da proteção deficiente questionada.³¹

O processo de avaliação para se superar o *Estado de Coisas Inconstitucional* deve ser periódico, pois, este instituto jurídico é temporário, cuja meta a ser atingida é fazer-se desnecessário, quando se busca o suporte estatal para dirimir ou solucionar o quadro que a ele de vazão.

3.7. O Estado de Coisas Inconstitucional e o ativismo judicial

Após a declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*, o juiz constitucional passa a agir como um genuíno agente político, deliberando sobre a melhor consecução de políticas públicas e atuando no controle da aplicação

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit. pág. 212 - 213.

³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ibid. pág. 213.

dessas políticas. Ato contínuo, surgem acusações de ativismo do Judiciário, ou seja, o magistrado constitucional estaria sobrepujando os poderes Legislativo e Executivo, cujos integrantes são eleitos democraticamente, submetidos ao controle social periódico por meio do voto; o juiz, por outro lado, não é eleito democraticamente, sendo assim, carente de legitimidade democrática para a ação política. Na democracia, juiz deve apenas e simplesmente aplicar as leis, não tendo competência para a criação delas. Além disso, há os acusadores da falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para apreciar políticas públicas. Parlamentares e executivos estariam melhor capacitados, teriam maior expertise para apreciar políticas públicas.

Entretanto, o tema assume discussão candente quando se constata a inércia legislativa e a ineficiência da Administração Pública, claros obstáculos políticos e institucionais que obstam a consecução plena dos direitos fundamentais.

A legitimidade do ativismo judicial roga remédios estruturais que tenham o condão de alimentar a diálogo institucional, e não demonstrar uma superioridade arrogante do Judiciário. Este diálogo é atingido por meio de condutas institucionais flexível e heterodoxas, desde que passíveis de intercâmbio com os poderes políticos e com o corpo social interessado. Assim valendo, além de assegurar a legitimidade do ativismo judicial, aumentam-se as possibilidades de efetivação das decisões estruturais.

Neste contexto que deve ser discutido a declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*. E está bem explícito que a atuação do juiz constitucional ao declarar o *Estado de Coisas Inconstitucional* é exemplo cabal de ativismo judicial legítimo. A legitimidade não dependerá apenas da prática do ativismo judicial, por ela própria, mas da conjuntura fática e da medida de ativismo aplicada em consonância com os outros poderes.

Para se definir *ativismo judicial*, na acepção de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, parte-se da consolidação de cinco premissas normativas. Segundo o doutrinador:

A primeira premissa – o ativismo judicial é uma questão de postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais; a segunda – o ativismo judicial não é aprioristicamente

legítimo ou ilegítimo; a terceira aponta o caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta identifica-se como a pluralidade das variáveis contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; e a última: o ativismo judicial se manifesta como uma estrutura adjudicatória multidimensional.³²

A partir dessas cinco premissas normativas o mesmo Carlos Alexandre de Azevedo Campos define *ativismo judicial* como:

O exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes políticos-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídicos-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.³³

A primeira premissa do ativismo judicial – o da postura expansiva do poder político-normativo de juízes e cortes – está presente indiscutivelmente na declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*. Ao declará-lo, o juiz constitucional tornará superlativa sua importância político-institucional. A declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* é prática expansiva e sólida de autoridade no controle na falha dos outros poderes e na defesa dos direitos da pessoa, sendo legítima fórmula de acesso às tutelas estruturais. Representa, assim, a atuação em aspecto político, mesmo com sólida base política. Na declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*, o equilíbrio entre a função judicial e a função política é uma meta, atingível quando o ativismo judicial não se tornar arbitrariedade judicial.

A segunda premissa – o ativismo judicial não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo; a terceira aponta o caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial – é relevante ao *Estado de Coisas Inconstitucional*. É necessário denegar afirmações previamente de ilegitimidade do ativismo judicial: a legitimidade das medidas do Judiciário dependerá, em cada situação concreta, da harmonia entre o exercício do poder

³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ibid. pág. 220.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ibid. pág. 220.

judicial e os marcos institucionais estabelecidos pela Constituição e pelas distintas forças políticas e sociais existentes.

A terceira premissa – caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial – não dispensa aspectos do contexto fático particular no qual se aplicam as decisões judiciais – o que representa a quarta premissa. A análise não pode se separar das estruturas constitucionais que, em locais e períodos diferentes, regem o funcionamento e o diálogo entre os poderes e as relações entre as pessoas e o Estado, e também regem os aspectos culturais, sociais e jurídicos do momento. Relevante está ligado às condições e variantes que não somente possibilitam, como também contribuem para se exigir ações ativistas como medida insólita e necessária para garantir a plena efetividade dos preceitos constitucionais. Logo, fatores institucionais como os poderes de decisão do Judiciário, políticos como as miríades falhas estruturais e sociais como a reverberação da violação em massa dos preceitos fundamentais, estão presentes quando da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*.

A última premissa – o ativismo judicial se manifesta como uma estrutura adjudicatória multidimensional – abrange a ideia de que as decisões judiciais posicionam-se em diferentes dimensões e não apenas numa única forma de manifestação, ou seja, o ativismo judicial se faz em execuções decisórias de várias facetas e, assim, de difícil entendimento a partir de critérios simples de identificação. Há inúmeros indicadores do ativismo judicial, porém, a dimensão de relevo diante da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* é a dimensão estrutural.

Nesta dimensão, o magistrado nega-se a decidir em apreço aos outros poderes como exigência institucional e política derivada de uma democracia e de poderes montesquianos, ou seja, separados em suas competências essenciais. O juiz proativo não crê que não deve ser polido ao legislador e ao administrador público devido a competência jurídico-constitucional do poder alheio. Premissas dessa natureza, a depender das circunstâncias factuais, não dever fazer frente às decisões possíveis.

No ativismo estrutural, o magistrado não acredita, diante dos fatos presenciados, em margens de decisão ou em assuntos que passam ao largo

de sua apreciação por referir-se a questões políticas ou por capacidades intelectuais especiais. Ao juiz ativista, no seu sentido estrutural, as decisões e omissões de relevo das outras esferas de poder estão submetidas ao crivo da legitimidade constitucional, sem possuir normas prévias. Não se refere à perspectiva de como o magistrado entende ou age na ordem constitucional ou de como explora as formas de decisão, porém, refere-se a comportamento ante as decisões ou da inércia dos outros poderes, tal como no *Estado de Coisas Inconstitucional*.

A dimensão estrutural do ativismo judicial demonstra-se como a maior referência para a caracterização da atitude judicante na declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*. Ao se intrometer na seara da política, o juiz constitucional atua na própria competência do Executivo e, quiçá, do Legislativo: aponta omissões e falhas estruturais; mira na ineficiência ou mesmo indica a falta de políticas públicas e determina o liame entre a afetação massiva dos direitos fundamentais e todas essas faltas; determina que se criem normas e realizem ações administrativas focadas para que ascenda aos problemas e à tutela precária dos direitos fundamentais; realoca os orçamentos públicos cabíveis; monitora a aplicação das políticas públicas necessárias. Em suma, o juiz constitucional assume funções cabíveis ao executivo e ao legislativo. E concluir se esse ativismo judicial é legítimo ou ilegítimo será a partir de cada caso *in loco*, entretanto, não se pode refutar referir-se de ativismo judicial na dimensão estrutural.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OPORTUNIDADE DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Neste capítulo, haverá uma análise das possibilidades de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema prisional brasileiro sob a tutela do Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial, ao se declarar o *Estado de Coisas Inconstitucional*, é tipificado como estrutural e, atendidos os pressupostos necessários e não ocorrendo enlevo do Judiciário, denota-se postura judicial legitimada. Direcionadas à superação das omissões do Estado, particularmente os *defaults* das políticas públicas, o judiciário tutela os valores substantivos da Constituição. A atenção é com a efetivação dos direitos fundamentais, aplicados de forma deficiente pelo Poder Público.

No Brasil, já estão transparentes os pressupostos políticos e institucionais a fim de que se declare o *Estado de Coisas Inconstitucional*. Na ótica institucional, a Constituição Federal de 1988 possui, explícita e implicitamente, direitos fundamentais individuais e coletivos e também artifícios processuais que possibilitem a proteção dos direitos fundamentais e a adoção de ordens estruturais direcionada à superação das lacunas deixadas pelo Estado.

Por consequência, como se observar em simples leitura da atual Constituição brasileira (1988) é factível uma gama de direitos fundamentais que possam ser protegidos através da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*. Além do mais, a Constituição de 1988 também possui caminhos institucionais que desaguam na possibilidade do Supremo Tribunal Federal (STF) declarar o *Estado de Coisas Inconstitucional* e aplicar ações estruturantes que levem à superação do mesmo. O mandado de injunção, remédio constitucional aplicado em situação de omissões legislativas e administrativas, é uma opção plausível. Outro: recurso extraordinário quando há reconhecimento da repercussão geral da matéria *in loco*.

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é a principal ferramenta constitucional para se declarar o *Estado de Coisas Inconstitucional*. Segue a ideia do doutrinador sobre o remédio constitucional:

O instrumento possui natureza de processo objetivo e tem aplicação abrangente. Dentro do conceito de 'ato do Poder Público' [...], como objeto de controle pela ADPF, encaixa-se, perfeitamente, a noção de falhas estruturais e de 'realidade inconstitucional'. Ato do Poder Público não é apenas ato isolado ou comissivo de um poder, mas podem ser atos de diferentes autoridades, órgãos e poderes, e também a omissão generalizada e persistente. Ademais, esses atos

podem ser de competência das três distintas esferas federais. Daí por que podem ser incluídas, como objeto da ADPF, falhas estruturais que configuram deficiências de formulação e implementação de políticas públicas. No mais, não há qualquer dúvida que a violação massiva e persistente de direitos fundamentais satisfaz, com sobras, o requisito da 'lesão a preceito fundamental'.

No tocante aos remédios possíveis, o artigo 5º, § 3º, da Lei nº 9.982/99, prescreve que a liminar poderá consistir [...] [em] qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental', ao passo que, em relação ao pronunciamento de mérito, consta o artigo 10, *caput* e § 3º, que, 'julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental salvo se decorrentes da coisa julgada', possuindo a decisão 'eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público'.³⁴

Consequentemente, a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* enquadra-se perfeitamente como modelo de remédio constitucional contra a ampla violação de direitos fundamentais derivados de problemas estruturais, tanto que a possibilidade de declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* apresenta-se mais exequível.

O Brasil reúne, portanto, preceitos institucionais e também políticos que encaminham a declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*, promovendo a atuação do Supremo Tribunal Federal a fim da superação das faltas estruturais mediante ordenações também na seara estrutural.

4.1. O Estado de Coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro

Como bem entendido no segundo capítulo deste trabalho (*O Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade Humana*), o quadro alarmante do sistema prisional brasileiro revela que os presos no Brasil não são tutelados com a devida dignidade a que ao ser humano compete.

Uma superficial análise da realidade dos presídios do Brasil revela que o déficit de vagas do sistema prisional assume proporções maiores a cada ano

³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Ibid.* pág. 260.

que se passa, aumentando os problemas de lotação carcerária que, somando-se às deficiências de infraestrutura, já se apresentam incorrigíveis.

Trata-se de situação extremamente calamitosa de sensíveis deficiências e violações de direitos fundamentais que atingem o cotidiano do encarcerado na imensa maioria dos presídios de norte a sul, leste a oeste do Brasil. E são disformidades que devem ser atribuídas às três esferas de poder (legislativa, judiciária e executiva). A bem da verdade, são lacunas identificadas na criação e na consecução de políticas públicas. Assim, tudo se converge para a ineficácia do sistema prisional brasileiro, que acaba por ser mais uma dos inúmeros problemas, inclusive somando-se mais e mais violência, que atingem o homem comum brasileiro.

Anna Cecília Fernandes Almeida, comenta sobre a situação triste dos presídios nacionais:

De fato, como falar em respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias; onde os alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens; onde permanecem sendo utilizadas, ao arripio da Lei 7.210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos, sem banho de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento médico e odontológico são muito precários e a violência sexual atinge níveis desassossegantes? Como falar, insistimos, em integridade física e moral em prisões onde a oferta de trabalho inexistente ou é absolutamente insuficiente; onde os presos são obrigados a assumirem a paternidade de crimes que não cometeram, por imposição dos mais fortes; onde um condenado cumpre a pena de outrem, por troca de prontuários; onde diretores determinam o recolhimento na mesma cela de desafetos, sob o falso pretexto de oferecer-lhes uma chance para tornarem-se amigos, numa atitude assumida de público e flagrantemente irresponsável e criminosa.³⁵

E completa com extrema clareza a jurista e doutrinadora Ana Paula de Barcellos:

³⁵ ALMEIDA, Anna Cecília Fernandes. *Prisão: uma discussão oportuna*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br>> Acesso em 02 jul. 2018.

O tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência.³⁶

O quadro do sistema carcerário brasileiro revela que os encarcerados em presídios pelo Brasil não são tratados com dignidade e respeito. Denota-se um quadro de generalizada violação de direitos fundamentais do preso, o que demonstra *defaults* estruturais que acarretam o tratamento desumano do encarcerado.

Assim externa o Deputado Domingos Dutra, relator da CPI do sistema carcerário, em conclusão final sobre o trabalho da Comissão Parlamentar:

Diante do inferno carcerário vigente no País; da crescente violência, notadamente nas regiões metropolitanas, em que as facções criminosas disputam com o Estado o controle de extensos territórios e em face da impunidade de setores minoritários da sociedade, tem-se por um instante a sensação de que não há soluções para o caos carcerário existente.³⁷

Portanto, identifica-se incontestavelmente a presença de todos os pressupostos necessários que corroboram o *Estado de Coisas Inconstitucional*.

O sistema prisional brasileiro apresenta uma violação massiva e ampla dos preceitos constitucionais fundamentais dos encarcerados no que diz respeito à integridade psicológica e física, mas também quanto à própria dignidade mínima existencial do preso. Em presídios brasileiros, viola-se tudo: há crueldade de todos os matizes, há condição degradante de higiene e saúde, há falta de espaço adequado, há alimentação inadequada, há ausência de apoio jurídico, há, enfim, uma situação tão desumana que não se pode falar em dignidade mínima da pessoa humana.

Inúmeros preceitos constitucionais são afetos por essa violação estrutural massiva no sistema prisional. Assim reitera Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

O quadro evidencia transgressão a diversos dispositivos constitucionais, normas nucleares de nosso sistema objetivo de direitos fundamentais, a começar pelo princípio da dignidade da

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010, pág. 57.

³⁷ *CPI sistema carcerário*. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, pág. 617.

pessoa humana (artigo 1º, inciso III), tornado letra morta pelo sistema carcerário brasileiro. A situação revela tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos, vedado pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”. Os incisos XLVIII e XLIX do artigo 5º são absolutamente ignorados ante a falta de observação dos deveres, respectivamente, de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, e de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral.

Além do mais, diversos direitos básicos, cujo gozo em níveis mínimos compõem o direito fundamental ao mínimo existencial, não fazem parte da vida dos presos: saúde, educação, alimentação, assistência jurídica, trabalho, previdência e assistência social. Além da legislação interna, o que inclui a Lei de Execução Penal, de 1984, a violação massiva de direitos fundamentais dos presos também implica afronta a diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ofendendo ainda, de forma ostensiva, a Lei de Execução Penal, de 1984. Em suma, o estado brasileiro, com seu sistema carcerário cruel e desumano, é responsável por um quadro generalizado de violações reiteradas e massivas de direitos fundamentais das pessoas presas.³⁸

Além do mais, a situação de massiva violação dos direitos fundamentais está ligada à omissão repetitiva das autoridades públicas na consecução de seu dever de assegurar direitos aos apenados, ou seja, está ligado a falhas estruturais. Pelo crivo da crítica, tem-se a concepção de que há fracasso absoluto das políticas públicas referente a questão carcerária. Há fracasso geral e estrutural das políticas aplicada pelo Estado. A falta de medidas legislativas, orçamentárias e de gestão administrativa eficazes, direcionadas à superação das violações denota falha estrutural que ocasiona tanto afetação sistêmica dos direitos fundamentais, quanto a manutenção e agravamento da situação.

Junto com essas carências estatais, há também uma omissão inconstitucional. A falha estatal no que diz respeito ao aspecto estrutural, particularmente do sistema carcerário brasileiro, tem a origem na incapacidade das gestões públicas, afastando as possibilidades para que se atinja o fim das

³⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit. pág. 271 – 272.

inconstitucionalidades. De fato, o *Estado de Coisas Inconstitucional* referente ao sistema prisional do Brasil denota um patamar mais avançado de inconstitucionalidades, envolto aos Poderes Executivo e Legislativo, competentes para tocar a agenda política, de criação e aplicação das políticas públicas voltadas para aniquilar as inconstitucionalidades.

A minimização ou extermínio do *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema carcerário brasileiro necessita atuação efetiva de todos os poderes estatais, nos diferentes níveis da Federação. Como se representa a problemática no tipo estrutural, são imprescindíveis políticas públicas novas ou correção das políticas já aplicadas, gestão dos recursos orçamentários e ajustes na maneira de funcionamento das instituições, ou seja, uma gama de modificações estruturais, o qual exige o envolvimento amplo de políticos, juristas, administradores e também da própria sociedade.

Paralelamente, as violações dos direitos fundamentais não são obras atribuídas a apenas uma autoridade administrativa, ou uma instituição determinada. Sendo assim, como nos litígios estruturais, as respostas e essas violações devem ser dirimidas a partir da coordenação dos agentes do Estado, em todas as esferas de poder.

Seguindo o mesmo raciocínio, comenta Carlos Alexandre de Azevedo:

O estado de inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro foi construído pelas omissões persistentes e práticas defeituosas dos diferentes órgãos e autoridades envolvidos, configurando bloqueios políticos e institucionais que devem ser superados conjuntamente, sob pena de persistirem as mesmas falhas estruturais. A intervenção judicial, para aproveitar ao grande número de presos cujos direitos são violados, deve dirigir-se a várias entidades estatais, federais e estaduais, responsáveis pelas falhas sistemáticas e, por isso, compreender ordens de execução complexa a instruir ações estatais coordenadas.³⁹

De resto, a intervenção judicial, característica da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*, seria necessária na questão carcerária brasileira diante na inépcia dos agentes políticos iniciarem um enfrentamento da temática devido a celeuma que o assunto levanta.

³⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit. pág. 274.

E, por fim, a conjuntura carcerária do Brasil dá oportunidade a uma quantidade de demandas contra o Estado, cabendo a ele a custódia do encarcerado. Logo, ao Estado cabe oferecer condições dignas ao encarcerado, sendo que, caso não atinja esta obrigação, ficaria responsabilizado por danos físicos, psíquicos e morais. O trato desumano, além de ferir a ordem dos direitos fundamentais, acarreta a pretensão individual do encarcerado para que se supere uma variedades de problemas que a ele acometem.

Assim, estão presentes os requisitos essências para se declarar o *Estado de Coisas Inconstitucional*, grave desrespeito aos direitos fundamentais e o aspecto de falha estrutural do sistema prisional brasileiro. Ou seja, está-se diante do *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema prisional brasileiro, oportunizando, desde logo, ao Supremo Tribunal Federal (STF) intervir para superação deste estado de coisas. Deve ele monitorar a omissão estatal como fator de proteção ineficaz dos direitos fundamentais dos encarcerados. E também deve advogar pela ordem objetiva desses mesmos direitos fundamentais contra as falhas estruturais.

Ou seja, o STF deve buscar soluções que gerem mudanças estruturais de extrema urgência. Assim corrobora Virgínia da Conceição Camargo:

Mudanças radicais neste sistema se fazem urgentes, pois as penitenciárias se transformaram em verdadeiras "usinas de revolta humana", uma bomba-relógio que o judiciário brasileiro criou no passado a partir de uma legislação que hoje não pode mais ser vista como modelo primordial para a carceragem no país. O uso indiscriminado de celular dentro dos presídios, também é outro aspecto que relata a falência. Por meio do aparelho os presidiários mantêm contato com o mundo externo e continuam a comandar o crime. Ocorre a necessidade urgente de modernização da arquitetura penitenciária, a sua descentralização com a construção de novas cadeias pelos municípios, ampla assistência jurídica, melhoria de assistência médica, psicológica e social, ampliação dos projetos visando o trabalho do preso e a ocupação, separação entre presos primários e reincidentes, acompanhamento na sua reintegração à vida social, bem como oferecimento de garantias de seu retorno ao mercado de trabalho entre outras medidas.⁴⁰

⁴⁰ CAMARGO, Virgínia da Conceição. *Realidade do Sistema Prisional*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br>> Acesso em 04 jul. 2018.

Verificados os requisitos necessários do *Estado de Coisas Inconstitucional*, o STF pode influir sobre a elaboração, aplicação e fiscalização das políticas públicas, definido o ativismo judicial em sua amplitude estrutural. O Supremo pode, através de medidas estruturais, sobrepujar os obstáculos políticos e também os institucionais que são agravantes a violação ampla, reiterada e massiva dos direitos fundamentais dos encarcerados.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal deve focar em três frentes de ação. São palavras do pensador:

O ativismo judicial estrutural [...] da Corte deve ter três focos: (i) reduzir o aumento do progressivo da população carcerária – de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em 1990 eram cerca de 90 mil presos e, em maio de 2014, mais de 563 mil presos, fora os mais de 147 mil em prisão domiciliar, um aumento de 600% comparados aos 40% de crescimento da população brasileira; (ii) diminuir o déficit de vagas do sistema prisional – conforme dados do CNJ apontados no tópico anterior, o déficit é de 357.219 vagas se computadas a pessoas em prisão domiciliar; (iii) melhorar as condições atuais do encarceramento – problemas de instalações insalubres e de falta de atendimento a diversos direitos básicos dos presos. O Supremo deve estabelecer e monitorar, em face de diferentes autoridades públicas, um conjunto amplo e coordenado de medidas visando superar esses problemas. Segundo acredito, essas medidas devem observar os seguintes parâmetros:

- (i) para reduzir o aumento progressivo da população carcerária
 - a) estimular a aplicação de penas alternativas e o uso da prisão domiciliar;
 - b) restringir o uso da prisão provisória aos casos em que verdadeiramente seja comprovada ameaça ao desenvolvimento do processo pela liberdade do acusado e haja probabilidade de sentença condenatória privativa de liberdade ao final desse;
 - c) estimular amplo debate público e no Congresso Nacional sobre a disciplina legal do consumo e comércio de drogas, opondo a atual política de proibição à possibilidade de legalização com forte regulação e controle da produção;
 - d) promover o processo de recuperação social dos presos a fim de evitar a reincidência penal.
- (ii) para diminuir o déficit de vagas do sistema prisional
 - a) atentar-se para os parâmetros acima apontados;
 - b) determinar a realização de mutirões constantes para revisão de prisões provisórias e dos casos de presos que já cumpriram as penas impostas.
- (iii) para melhorar as condições atuais do encarceramento

- a) determinar a reforma dos presídios existentes, das acomodações insalubres, escuras e sem higiene;
- b) desenvolver ações estatais voltadas a assegurar direitos básicos dos presos [...];
- c) providenciar a superação dos presos conforme a gravidade do delito, a idade e a natureza da prisão.⁴¹

Os parâmetros acima levantados pelo doutrinador devem referenciar a consecução e aplicação de políticas públicas direcionadas a garantir os direitos fundamentais reconhecidos aos presos e que vem historicamente sendo maculados. O Supremo Tribunal Federal deve deliberar ordens a partir do diálogo com os outros poderes, ordens que representam a conjugação de interesses, flexíveis, que preservem espaço do Executivo e do Legislativo, capazes de ordenar ações desses poderes dentro dos limites traçados.

5. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347/DF E O DEBATE SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO STF.

Neste capítulo 6, será analisado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, abrindo-se um leque de discussões referentes à

⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit. pág. 277 – 278.

viabilidade de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema prisional brasileiro.

O debate sobre o *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema carcerários brasileiro iniciou no Supremo Tribunal Federal a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, cujo relator foi Marco Aurélio de Mello. A propositura da ação coube ao PSOL, Partido Socialismo e Liberdade, que requereu a situação de *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema carcerário brasileiro e as necessárias providências estruturais devido a graves prejuízos aos direitos fundamentais dos presidiários. Denunciou que quadro desolador dos presídios brasileiros é resultante de ações e omissões de todas as instâncias de poderes do país.

A discussão convergia, grosso modo, para a incongruência entre a necessária solução judicial ante a situação deplorável do preso e a limitação das ações institucionais, materiais ante os problemas apresentados.

O partido PSOL, além de defender na inicial pela existência dos pressupostos necessários ao *estado de Coisas Inconstitucional*, inferiu também que, ao se declara o *estado de Coisas Inconstitucional*, o Supremo imporia aos outros poderes do estado a consecução de medidas céleres e imprescindíveis para se superar as violações massivas aos direitos fundamentais dos encarcerados, e também acompanhar a efetiva implantação dessas medidas. Esclareceu que, excepcionalmente, é tolerável a intervenção judicial na seara das políticas públicas a partir do momento em que se observa a indiscutível necessidade da atuação do STF, devido aos bloqueios institucionais presentes nos outros poderes. E adicionou que a intervenção judicial nas coisas políticas não fere as bom caminho da democracia, desde que tal intervenção seja para tutelar os direitos fundamentais, principalmente os direitos da minorias, como é o caso dos presos brasileiros.

Segundo trecho retirado da inicial da ADPF nº 347:

Os cenários de grave e massiva violação dos direitos [fundamentais], decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas – que caracterizam o *estado de coisas inconstitucional* – demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeioam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura

diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição.⁴²

O partido PSOL, conclui-se, defende uma necessária intervenção do Poder Judiciário, pois, existe uma realidade que denota a ruína total das políticas públicas para a questão prisional. Defende uma intervenção judicial cujas ações sejam dialogadas e flexíveis, contando com a cooperação entre todos os Poderes do Estado, e que atribuam ao Executivo e ao Legislativo a oportunidade de formularem planos de ação para a superação do *Estado de Coisas Inconstitucional*. E cabe ao Supremo Tribunal Federal o controle na fase de implementação, recebendo apoio de governantes, legisladores e, quiçá, com o apoio da própria sociedade civil. Assim, o Judiciária interviria sem afastar o potencial institucional dos outros dois Poderes.

O autor da inicial da ADPF nº 347/DF pleiteou os seguintes pedidos cautelares:

Diante do exposto, configurada a verossimilhança das alegações de fato e de Direito constantes nesta ADPF, bem como caracterizada a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, em seu proveito e em prol da segurança de toda a sociedade, requer o Arguente, com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.882/99, a concessão de medida cautelar, a fim de que esta Corte Suprema, até o julgamento definitivo da ação:

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem 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) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

⁴² ADPF nº 347 (Inicial). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>. Acesso em 04 jun. 2018.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem 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 evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são 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.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram 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.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.⁴³

E, no mérito, além do requerimento da aprovação da cautelares, o autor da inicial do PSOL requereu:

Por fim, espera o Arguente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a:

a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. [...]

d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir

⁴³ ADPF nº 347 (Inicial). Ibid.

a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.

e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos.⁴⁴

⁴⁴ ADPF nº 347 (Inicial). Ibid.

Na análise da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, acatou-a parcialmente, para estabelecer aos magistrados e aos tribunais que façam, em no máximo 90 (noventa) dias, audiências de custódia, facilitando o comparecimento do encarcerado diante da autoridade judiciária no prazo limite de 24 horas, a partir do momento do encarceramento, e ao Executivo da União a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FPN). Por outro lado, a maioria denegou as medidas em relação aos pedidos de nova interpretação da Lei Processual Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) favorecendo a restrição da aplicação da prisão preventiva.

Logo abaixo a ementa do acórdão:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.⁴⁵

Os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram, em sua maioria, o *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema prisional brasileiro. O

⁴⁵ ADPF Nº 347/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>, pág. 3. Acessado em 17 de jun. de 2018.

relator do processo, Marco Aurélio de Mello, identificou a violação sistêmica de inúmeros direitos fundamentais dos prisioneiros, a situação de graves falhas estruturais e da ineficácia das políticas públicas para o setor, bem como a necessária tomada de medidas estruturais, caracterizando o *Estado de Coisas Inconstitucional*. A totalidades dos ministros entraram no consenso de que é de extrema necessidade a intervenção do Poder Judiciário para que se solucione e extirpe as violações dos direitos fundamentais do preso.

Entretanto, uma gama de críticas surgiu durante o julgamento da ADPF nº 347/DF e logo depois de sua admissão pelo Supremo Tribunal Federal. Dentre tantas vozes opositoras, podemos extrair duas argumentações desfavoráveis à declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional*: (1) o Supremo Tribunal Federal não possui legitimidade institucional para implementar as medidas estruturais no sistema prisional brasileiro, ou seja, não pode se incorporar com organizador das políticas públicas, ferindo dessa forma o bom andamento democrático; e (2) o *Estado de Coisas Inconstitucional* apresentou-se ineficiente para os problemas de mesma espécie presentes na Colômbia.

Outras críticas centraram suas trincheiras sobre as técnicas do *Estado de Coisas Inconstitucional*. Indicou-se que a sua declaração pode, a contrassenso, complicar ou mesmo ou prejudicar a plena efetividade da Constituição Federal e, por consequência, dos direitos fundamentais, que ao Poder Judiciário não cabe a correção dos caminhos das políticas públicas aplicadas pelo Executivo. Advogaram também que a utilização do *Estado de Coisas Inconstitucional* leva a decisões autocráticas ou desnecessárias.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

[Os críticos afirmaram que] ante a ineficácia da ordem jurídica e a debilidade do acesso ao Judiciário, o STF poderia declarar a inconstitucionalidade da própria Constituição e determinar o fechamento dos tribunais; ou, diante do estágio atual da corrupção política poderia ordenar o fechamento do Congresso.⁴⁶

Porém, adverte o mesmo jurista:

⁴⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit. pág. 291 – 292.

Há, claro, muito de exagero no *Estado de Coisas Inconstitucional* desenhado pelos [críticos]. Em algumas afirmações, houve verdadeiro apelo ao ridículo: falácias argumentativas em clara tentativa de ridicularizar a técnica da Corte colombiana. Com efeito, as teratologias decisórias apontadas não correspondem à técnica construída pela Corte Constitucional da Colômbia e defendida na ADPF nº 347. O uso do *Estado de Coisas Inconstitucional* é muito mais sério e comprometido do que sugeriram os [críticos] com o quadro de riscos e excessos pintado. [...] apresentaram uma visão distorcida do *Estado de Coisas Inconstitucional*, de seus pressupostos e implicações.

[...]

Recortados os exageros e as teratologias argumentativas, é possível asseverar que as objeções dos autores não são mais do que especificações dos já tradicionais discursos contra a prática ativista da jurisdição constitucional: riscos de subjetivismo e arbítrio judicial; ilegitimidade democrática e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes; violação à separação de poderes e o fim das fronteiras entre o Direito e Política.⁴⁷

A análise das críticas nos revela que, para a melhor aplicação do *Estado de Coisas Inconstitucional*, é fundamental uma técnica mais rigorosa e de responsabilidade do Supremo tribunal Federal ao afirmar o *Estado de Coisas Inconstitucional* e proferir decisões estruturais. Ao Supremo não cabe afastar-se da discussão das condições de violações massivas dos direitos essenciais à dignidade do encarcerado em virtude do mal funcionamento institucional do Brasil. Entretanto, não deve o Supremo assumir uma postura pretenciosa e arrogante de se autodeclarar ator único do processo. Deve optar pela diálogo institucional e de compartilhar experiências com outros atores relacionados.

⁴⁷ Ibid. pág. 292.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho almejou ampliar as discussões sobre os graves problemas estruturais e de desgoverno que afetam milhares de encarcerado nos presídios brasileiros. Buscou delinear novos caminhos presentes no constitucionalismo latino-americano e ampliar as possibilidades de resgatar a dignidade da pessoa do encarcerado através da declaração do *estado de Coisas Inconstitucional*.

Intentou também analisar a ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, seus possibilidades e seus limites impostos pelo Estado democrático brasileiro. Principalmente buscou analisar a possibilidade da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* frente a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, impetrada pelo partido PSOL.

A conclusão a que se chega é que o *Estado de Coisas Inconstitucional* é uma inovação. Por causa da enorme discrepância entre o que a Constituição Federal (1988) dita e a nossa realidade social, podemos concluir que o *Estado de Coisas Inconstitucional* é inovação bem-vinda. A sua legitimidade, entretanto, necessita prudência e reflexão sobre nossa realidade política e social. Um Judiciário claramente ativista não deriva de um vazio político ou social. Mas. As falhas institucionais e políticas em atender as demandas de uma sociedade resultam na importação de um Judiciário mais ativo em direcionar os ditames constitucionais. Logo, o Supremo Tribunal Federal responde a essa premissa de causa e efeito.

A licitude da declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* e também a sua eficácia devem ser sempre examinadas no interior das relações recíprocas entre os Poderes do Estado. A sua declaração e as medidas estruturais controladas pelo Supremo Tribunal Federal buscam a promoção do diálogo e da cooperação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, contando com a atuação da sociedade em geral, para buscar soluções efetivas dos problemas dos direitos fundamentais.

Em cada caso concreto, a atividade judicante deverá medir seu grau de ativismo, dependendo claro da maneira que os poderes políticos absorverão a intervenção do Supremo Tribunal Federal, mas, acima de tudo, do quanto de

comprometimento com os valores constitucionais esses mesmos poderes políticos externarão.

Para entender se existe campo de atuação ao *Estado de Coisas Inconstitucional* no sistema prisional brasileiro, faz-se necessário alargar as possibilidades de análise crítica para além das atitudes conservadoras e céticas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

STF:ADPF nº 347. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso: 13 de Maio de 2018.

ALMEIDA, Anna Cecília Fernandes. *Prisão: uma discussão oportuna*. Acesso em 02 jul. 2018.

ASSIS, Rafael Damasceno de. *As Prisões e o Direito Penitenciário no Brasil*, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos>.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010.

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

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

CAMARGO, Virgínia da Conceição. *Realidade do Sistema Prisional*, 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional*. Revista de Direito Público, Porto Alegre: Síntese, nº 42, 2011.

_____. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CÁRDENAS, Raquel Blanca. *Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colômbia, 2011.

CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

‘ESTÃO ARMADOS E SE MATANDO’. G1: Rio Grande do Norte, 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01>.

FISS, Owen M. *Una comunidad de iguales: La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*. Tradução de Raúl M. Mejía. Buenos Aires: Mino y Avila, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigir e Punir: Nascimento da prisão*. 39ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.

HERNÁNDES, Clara Inés Vargas. *La Garantía dela dimension objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. *Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre o ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentário*. Calli, Universidad ICESI, 2014.

MASSACRE QUE MATOU 111 PRESOS NO CARANDIRU COMPLETA 20 ANOS. G1: São Paulo. Acessa em maio/2018

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eduardo. *Política Criminal e Alternativas a Prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REBELIÃO EM PRESÍDIO DE MANAUS TEM MORTES E REFÉNS. G1: Amazonas, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01>>.

RIBEIRO, Jair Aparecido. *Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário paranaense*, 2011. Disponível em: <<https://www.unimep.br/dissertacoes>>.

SENNA, Virdal. *Sistema Penitenciário Brasileiro*, 2008. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos>>.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.