

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

Laura Sorgi Gasparin Galego Garcia

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

Laura Sorgi Gasparin Galego Garcia

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Glauco
Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP

2016

GARCIA, Laura Sorgi Gasparin Galego.

O Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário Brasileiro /
Laura Sorgi Gasparin Galego Garcia – Presidente Prudente: Centro
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2016.
56 f.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário
Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2016.

1.Estado de Coisas Inconstitucional. 2.Omissão. 3.Direitos
Fundamentais. 4.Sistema Carcerário

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Glauco Roberto Marques Moreira

João Augusto Arfeli Panucci

Antonio Ricardo Cola Collete

Presidente Prudente/SP, 23 de novembro de 2016

O preso, ao ser encarcerado, perdeu apenas a liberdade e não a alma, a dignidade, a vida.

Domingos Dutra.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos enquanto frequentei o curso superior, e que em todos os momentos guiou o meus passos e me deu forças para conquistar mais uma etapa.

Ao meu orientador Glauco Roberto Marques Moreira, professor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/ SP pelo empenho dedicado na elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus pais, Cássio e Vanice, que a todo tempo estiveram presentes e não negaram esforços, dedicaram-se a mim com muito amor, apoiando-me incondicionalmente, motivando-me nas horas difíceis de desânimo e cansaço. Sem eles eu nada seria.

Aos demais familiares, avós, tios e primos, que estão sempre torcendo pelo meu sucesso.

Aos amigos que fiz durante esses cinco anos de faculdade, pois fizeram parte da minha formação e vão continuar presentes na minha vida com certeza.

A todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a situação do atual sistema carcerário brasileiro e afirmar que este pode ser caracterizado como um Estado de Coisas Inconstitucional. Além da ampla omissão e inércia dos Poderes Públicos, chama-se a atenção para a deficiência e insuficiência da tutela legislativa referente aos direitos humanos dos presos. Ademais, traz o contexto geral do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, evidenciando o surgimento e pressupostos. Salaria também o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, o motivo pelo qual o sistema carcerário deve ser caracterizado como um Estado de Coisas Inconstitucional e quais as medidas que podem ser tomadas para minimizar ou solucionar este problema que há tempo é enfrentado no sistema prisional. Assim, foi utilizado o método dedutivo, analisando primeiramente o contexto geral do tema, de forma a especificá-lo ao decorrer do trabalho.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Omissão. Direitos Fundamentais. Sistema Carcerário.

ABSTRACT

This paper describe about the situation of the current Brazilian prison system and state that this can be characterized as a state of unconstitutional things. In addition to the broad failure and inaction of public authorities, called attention to the deficiency and insufficiency of legislative protection concerning the human rights of prisoners. Furthermore, it brings the overall context of the state of unconstitutional things the institute, showing its appearance and assumptions. It also points out the state of unconstitutional things in Brazil, why the prison system should be characterized as a state of unconstitutional things and what the media that can be taken to minimize or solve this problem there is time faced in the prison system. And for both, the deductive method was used, first analyzing the general context of the issue, in order to specify it to the course of work.

Keywords: State of Things Unconstitutional. Omission. Fundamental rights. Prison system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	12
2.1 Das Ações Especiais de Controle de Constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção	15
3 A QUESTÃO DA DEFICIÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DA TUTELA LEGISLATIVA REFERENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO	20
3.1 Direitos Humanos <i>Versus</i> a Realidade Prisional Brasileira	21
3.1.1 Determinações exigidas para os estabelecimentos penais	23
3.2 A Atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	24
3.3 A Carência da Tutela Legislativa no Tocante dos Direitos Fundamentais	26
4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	30
4.1 Decisões da Corte Constitucional Colombiana acerca do Estado de Coisas Inconstitucional.....	30
4.2 Os Chamados “Remédios Estruturais”	31
4.3 O Ativismo Judicial e o Estado de Coisas Inconstitucional.....	32
4.4 A “Teoria” do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil	33
4.5 Principais Críticas Enfrentadas pelo Estado de Coisas Inconstitucional	33
5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	35
5.1 Poder Público: Do Conhecimento das Normas à Omissão	36
5.2 Superação do Cenário Carcerário: Medidas Efetivas como Solução à Omissão do Poder Público	42
5.2.1 Efeitos positivos motivados pela ingerência do Supremo Tribunal Federal.....	44
5.2.2 Medidas Cautelares na ADPF 347	45
5.3 O Sistema Carcerário como um Estado de Coisas Inconstitucional.....	46
5.3.1 A desilusão na finalidade da sanção penal: a ressocialização dos reclusos	48
6 CONCLUSÃO	51
BIBLIOGRAFIA	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretendeu abordar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário Brasileiro, o qual é uma questão que surgiu a pouco em nosso país, mas encontra-se em discussão, tendo em vista a repercussão geral sobre o assunto e o seu reconhecimento em vários âmbitos do Estado brasileiro.

A todo tempo, são noticiadas informações relacionadas ao sistema carcerário brasileiro: violação de direitos fundamentais dos presos, fugas, rebeliões, precariedade nos estabelecimentos penais, maus tratos, o aumento do número de pessoas reclusas.

Estas tornaram-se notícias frequentes nos jornais, em redes sociais e em trabalhos científicos, no entanto, são meras notícias expostas a sociedade, tendo em vista que nenhuma providência passou a ser tomada para solucionar a crise no sistema carcerário brasileiro.

O criminoso, para a sociedade, é um sujeito que deve pagar pelo crime que cometeu, dessa maneira, não se preocupam com a forma em que cumprem as penas impostas.

A sociedade esqueceu que os encarcerados são sujeitos comuns, e fazem parte da sociedade, que são indivíduos que dispõem de direitos e deveres, assim como os não reclusos.

As condições impostas pelos sistemas carcerários atuais são desumanas, as rebeliões que são noticiadas diariamente são respostas à violação dos direitos dos presos, a falta de dignidade da pessoa humana.

A finalidade das prisões como cumprimento de pena tem como objeto a ressocialização do criminoso e inseri-lo no âmbito da sociedade novamente, porém, não é isso o que acontece.

Após a passagem pelo sistema prisional, o sujeito que um dia delinuiu, certamente voltará a reincidir no crime, tendo em vista, que os estabelecimentos penais não dão oportunidade ao indivíduo para se ressocializar.

Os estabelecimentos penais são conceituados como escolas do crime, onde sujeitos que não são considerados criminosos passam a ser, pois tem contato

com facções criminosas e dependem destas facções para sobreviver no sistema prisional.

Resta evidenciar, que o descaso dos Poderes Públicos e da sociedade influencia para tornar o sistema carcerário brasileiro ainda mais caótico.

É neste sentido, que o presente trabalho, mostrou a importância de adotar medidas que solucionem ou minimizem o cenário atual dos estabelecimentos penais brasileiro.

Para análise do tema proposto, o trabalho foi desenvolvido em uma sequência lógica.

Em seu primeiro capítulo tratou-se especificamente da inconstitucionalidade por omissão. Foi estudado sobre a supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade e como este é caracterizado, com enfoque na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Por conseguinte, no segundo capítulo, trouxe a questão da deficiência ou insuficiência da tutela legislativa referente aos direitos fundamentais no sistema carcerário. Neste capítulo o objeto de estudo foram os direitos fundamentais assegurados em nosso ordenamento jurídico, como estão dispostos no ordenamento, Convenções e Tratados Internacionais e a atuação do Sistema Interamericanos de Proteção dos Direitos Humanos, descreveu também como o Poder Público torna-se inerte e omissor em relação aos direitos fundamentais dos presos.

O capítulo que segue, tratou do próprio instituto do Estado de Coisas Inconstitucional. Para tanto, foram feitas referências a sua definição e surgimento, diante das decisões tomadas pela Corte Constitucional Colombiana, as medidas a serem tomadas a fim de sanar o problema do Estado de Coisas Inconstitucional, e por fim, as principais críticas enfrentadas por este instituto.

No último capítulo, foi tratado o Estado de Coisas Inconstitucional e o sistema carcerário brasileiro. Os fatos trazidos neste último capítulo fizeram menção à origem do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, de que maneira este instituto foi suscitado em nosso país e como superar esse problema, foi exposto todas as dificuldades enfrentadas pelo sistema prisional e quais os direitos fundamentais que reiteradamente são violados. Além disso, foram contextualizadas as medidas cautelares pleiteadas pela ADPF nº 347, ação esta, que pretende

identificar as lesões sofridas pelos reclusos nos estabelecimentos penais espalhados pelo Estado brasileiro.

No decorrer do trabalho usou-se o método dedutivo já que foi estudado o contexto geral para se chegar ao assunto abordado, baseando-se em referências bibliográficas, estas que são dificilmente encontradas, tendo em vista que o assunto abordado no trabalho é uma novidade trazida pela ADPF nº 347, tomando como base artigos científicos, tese de doutorado, decisões do Supremo Tribunal Federal, Tratados Internacionais e Convenções.

O presente trabalho chegou a conclusão que o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser caracterizado no sistema carcerário brasileiro, tendo em vista que os pressupostos necessários são observados nos estabelecimentos prisionais brasileiros afetando um grande número de pessoas encarceradas que tem seus direitos fundamentais de forma massiva e generalizada violados.

2 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Constituição é o mecanismo que mantém o Estado de Direito. Assim, é por meio da Constituição que a sociedade se estrutura, seja ditando direitos e deveres ou concedendo eficácia as leis e atos normativos.

As regras e princípios que incorporam a Constituição estão dispostos em um grau de hierarquia suprema em face às demais normas que edificam o ordenamento jurídico. À vista disso, a Constituição está no vértice do ordenamento jurídico e conseqüentemente todas as normas devem moldar-se aos parâmetros constitucionais.

A supremacia constitucional traz o conceito de uma Constituição rígida, que advém do princípio da supremacia da Constituição, a qual uma norma será válida se executada de acordo com o fundamento de validade – supremacia formal.

As normas de estruturação e organização de um Estado estão dispostas na Constituição, logo, a criação de dispositivos normativos que contrariam o texto Constitucional não é permitida.

À vista disso, a concepção do Controle de Constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico, tem como objetivo, manter a Supremacia do Texto Constitucional, que nada mais é, que o princípio da supremacia da Constituição:

[O controle de constitucionalidade] resulta da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. (SILVA, 2008, p.47 e 49).

Posto isto, a Constituição está no cume do ordenamento jurídico, onde ordena os demais atos infracionais. É através do Controle de Constitucionalidade que se faz valer a Norma Constitucional, em consequência, não há a existência de Normas Constitucionais Inconstitucionais. Nota-se que não há Controle de Constitucionalidade de normas constitucionais, mas sim, de normas infraconstitucionais, melhor dizendo, de normas abaixo da Constituição.

A supervisão da concordância entre as condutas dos Poderes Públicos e os constitucionais com a finalidade de garantir a supremacia da Constituição é aplicada mediante ao Controle de Constitucionalidade.

Após uma norma ser submetida ao Controle de Constitucionalidade, e ser julgada procedente a ação, ela passa a ser caracterizada como inconstitucional, consistindo em uma norma sem eficácia, pois perde a essência e não produz efeitos – em regra, pois há casos em contrário, bem posto, Lúcio Bittencourt (1997, p. 148), “a doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”. Dessa maneira, a regra é que seja inconstitucional a norma que seja julgada procedente ao ser sujeita ao Controle de Constitucionalidade, porém, há exceções.

Verifica-se, então, que a inconstitucionalidade sobrevém dos atos legislativos ou administrativos que estão em divergência com as normas constitucionais.

O Controle de Constitucionalidade se desdobra em: formal e material. A inconstitucionalidade formal fere o formalismo, a ritualística na sua criação, é necessário analisar o meio para a produção normativa e introdução no ordenamento jurídico. Em relação à inconstitucionalidade material, a matéria discutida viola frontalmente o texto Constitucional, o conteúdo. Resumidamente, é preciso haver a compatibilidade entre formal e material com a Norma Suprema, as normas constitucionais sob pena de ineficácia e remoção do ordenamento jurídico.

A doutrina reconhece duas espécies de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por ação presume-se a existência de inconstitucionalidade das normas, isto é, o Poder Público age em discordância com a Constituição. Diferentemente acontece com a inconstitucionalidade por omissão, que para o presente trabalho é o que interessa, e, portanto será mais detalhada.

A omissão inconstitucional é algo novo, já que adveio partir da Constituição de 1988. Por essa via é inconstitucional não o fazer, mas sim o não fazer. Sendo assim, quando a Constituição manda o legislador fazer e este não o faz, há inconstitucionalidade por omissão, presumindo-se a violação da lei pelo silêncio normativo, como especificou Canotilho, (2003, p. 982).

Um clássico exemplo é o artigo 8º, § 3º do ADCT, transcrito abaixo:

Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n.S-50-GMS, de 19 de junho de 1964, e n-S-285-GMS será concedida a reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

A inconstitucionalidade por omissão não deriva apenas do não fazer legislativo, podendo assim, sobrevir da atuação dos órgãos de Poderes Públicos. Consoante Walter Claudius Rothenburg (2008, p.88):

Variadas podem ser, sabe-se, as modalidades de inexecução dos mandamentos constitucionais. Normas constitucionais desprovidas de aplicabilidade imediata, as de ineficácia ilimitada não se resumem àquelas que reclamam integração normativa. Às vezes, o que falta são atos políticos ou executivos.

É significativo salientar que a omissão inconstitucional é capaz de suceder-se apenas pelo não agir do poder constituído, ou, simplesmente, pelo agir do Poder Público, de forma imperfeita ou insatisfatória, descumprindo parcialmente com o que foi aludido pela Constituição.

Para que seja reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, bem como, tornar eficazes os ditames constitucionais é fundamental um tempo abalizado como suficiente, desde que não haja prazo estipulado, para a atuação dos órgãos constituídos.

A caracterização da inconstitucionalidade por omissão se dá a partir do momento em que a Constituição Federal outorga a obrigação de acrescentar as normas constitucionais, garantindo seus efeitos. Na hipótese de omissão dos Poderes, a Constituição Federal far-se-á o oposto em virtude de conduta negativa.

A Constituição desempenha o controle jurisdicional misto de constitucionalidade em que exerce o controle difuso (ou aberto) e o controle concentrado (ou reservado).

O controle difuso é praticado de forma incidental por meio do Poder Judiciário – qualquer juiz ou Tribunal que possua competência – com base em um caso concreto, por disposição de qualquer sujeito que tenha seu direito subjetivo violado. No controle difuso incidental, o órgão jurisdicional assume o vício e o afasta

no caso concreto, por outra forma, a inconstitucionalidade é abordada de maneira incidental no dispositivo da sentença ou do acórdão fundamentando a procedência ou improcedência do pedido, isto é, não há declaração de inconstitucionalidade da lei, é apenas uma questão prejudicial de mérito que deve ser esclarecida na fundamentação.

O controle concentrado nominado como ação direta de inconstitucionalidade estende o rol de legitimados, onde há uma concentração para fiscalizar e dirimir no que se refere à constitucionalidade. O controle concentrado de constitucionalidade age de forma contrária ao controle difuso, haja vista que a sua finalidade é assegurar a defesa da questão constitucional de maneira objetiva, e têm por objetivo afastar do ordenamento jurídico leis ou atos normativos considerados como inconstitucionais; tem como objeto principal a análise de constitucionalidade. Este controle concentra-se no Supremo Tribunal Federal e verifica-se em cinco circunstâncias: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC ou ADECON); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e por fim, ADI Interventiva.

2.1 Das Ações Especiais de Controle de Constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção

Estabelecer meios é primordial para assegurar a força normativa da Constituição e sanar a inefetividade das normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 apresentou dois mecanismos contra a inconstitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção.

Em concordância com o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, estes instrumentos utilizados contra a omissão inconstitucional, são de aplicação imediata para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi um dos mecanismos inovadores da Constituição Federal de 1988 e foi inspirada na Constituição Portuguesa de 1976.

Está disposta no artigo 103, §2º, que o Supremo Tribunal Federal visa tem competência para apreciar a inconstitucionalidade por omissão, buscando reconhecer a efetividade da norma constitucional. Entretanto, foi por intermédio da Lei nº 12.063 de 27 de outubro de 2009, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão passou a ser regulamentada de maneira específica a respeito de seu procedimento e especialidade.

Com base na afirmação de Flávia C. Piovesan (1995, p.97), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão:

Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nada mais é que um instituto do direito constitucional, um remédio constitucional que tem o propósito de combater a “doença”, ou seja, a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem como finalidade assegurar a Lei Maior, para que as normas constitucionais não se tornem letras mortas, sem sentido, de conteúdo vazio, mas em contrapartida, obrigue o legislador e o administrador público a atuar.

O objeto da ADO é a omissão de qualquer dos Poderes da federação ou órgãos administrativos. Melhor especificando, a omissão pode ser do Poder Legislativo, Poder Executivo ou do Poder Judiciário. Luís Roberto Barroso (2007, p. 229-230), descreve:

[...] são impugnáveis, no controle abstrato da omissão, a inércia legislativa em editar quaisquer dos atos normativos primários suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade... O objeto aqui, porém, é mais amplo: também caberá a fiscalização da omissão inconstitucional em se tratando de atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo, e até mesmo, eventualmente, de atos próprios dos órgãos judiciários.

Deste modo, se legislada ou editada norma cuja inércia era impugnada, a ação deverá ser extinta, tendo em vista que houve a perda do objeto.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se acerca dessa ação, onde dispõe que o controle de constitucionalidade caberia àquelas omissões de cunho

normativo. Segue transcrição de ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 19 de 1989:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ART. 103, PARAGRAFO 2. DA C.F.). A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, DE QUE TRATA O PARAGRAFO 2. DO ART. 103 DA NOVA C.F., NÃO É DE SER PROPOSTA PARA QUE SEJA PRATICADO DETERMINADO ATO ADMINISTRATIVO EM CASO CONCRETO, MAS SIM VISA A QUE SEJA EXPEDIDO ATO NORMATIVO QUE SE TORNE NECESSARIO PARA O CUMPRIMENTO DE PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE, SEM ELE, NÃO PODERIA SER APLICADO. (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADI nº 19. Relator Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 1989)

A ação evidencia que não é qualquer omissão que viole as Normas Supremas, senão omissões de atos fundamentais para a efetividade da norma constitucional. A omissão administrativa, em tese, não é fato impeditivo para a efetividade de norma constitucional, tendo em vista a estrutura constitucional, que foi destinada ao próprio legislador, entretanto, fica evidenciado a omissão dos órgãos administrativos como alvo do controle direto de inconstitucionalidade. Posto isso, infere-se se a omissão administrativa de cunho não normativo poderia mesmo ser alvo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Em observância ao artigo 103, §2º, da Constituição Federal, a resposta é assertiva, visto que, o artigo faz menção a “providências necessárias em se tratando de órgãos administrativos”.

O ministro Gilmar Mendes, com seu voto no julgamento da ADI 3.682, elencou as omissões de atos não normativos que são objeto do controle concentrado de omissão; mesmo colocando em foco o prazo para tomar as necessárias providências, porém o relator expôs que o prazo de 30 dias é excessivamente insuficiente para a realização de medidas administrativas concretas, como: construção de hospitais, presídios, escolas e a adoção de determinadas políticas públicas.

A ADPF 347 foi deferida cautelarmente pelo Supremo Tribunal Federal já que este decidiu sobre a ilicitude e indignidade estrutural do sistema carcerário brasileiro, declarando o Estado de Coisas Inconstitucional das prisões no Brasil. Porém, na prática, nada muda.

No entanto, foi a primeira, notável e mais profunda ação acerca da ingerência estrutural no sistema carcerário brasileiro destinando mudanças apropriadas a médio e longo prazo.

Em suma, o objeto da ADO é a omissão total e parcial. A omissão total sobrevém da falta de legislação onde a Constituição Federal determina o dever de legislar. Já a omissão parcial poderá ser de duas maneiras: omissão parcial propriamente dita, onde o dispositivo legal existe, mas não a faz de maneira suficiente e eficaz; e, a omissão parcial relativa fere o princípio da isonomia, de maneira que, o legislador exclui o benefício de determinado grupo que também detinha do direito.

Em conformidade com a Lei nº. 12.063/09: “podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão os legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade”. Desta maneira, os legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão são as pessoas do artigo 103 da Constituição Federal: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido Político com representação no Congresso Nacional, e por fim, Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para reconhecer a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em decorrência do artigo acima disposto, 103, § 2º da Constituição Federal.

A Constituição Federal em seu artigo 103, §2º estabelece efeitos para os Poderes e para o órgão administrativo. Será dada a ciência da decisão ao poder competente, sem sequer a estipulação de prazo para extinção da omissão inconstitucional ou providências necessárias. Respectivamente, se tratando do órgão administrativo, este deverá suprir a omissão no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilidade.

O artigo 130, §1º, não possibilita a fixação de prazo pelo Tribunal para que haja a extinção da omissão, estabelecendo assim, apenas o prazo para órgão

administrativo. Houve o entendimento do Supremo Tribunal Federal que não poderia ultrapassar os limites determinados pelas normas constitucionais.

Os órgãos administrativos podem, em um prazo razoável, tomar providências necessárias. Sendo assim, excepcionalmente e em observância ao caso e ao interesse público, o Tribunal poderá estipular um prazo razoável sem afrontar o texto constitucional.

O Ministro Gilmar Mendes atestou a possibilidade de assentir efeitos retroativos à decisão de omissão inconstitucional, já que relata que o estado de coisa inconstitucional decorrente da omissão pode ter produzido efeitos no passado, por se tratar de omissão legislativa, e, portanto, o ato é destinado a corrigir a omissão inconstitucional em caráter retroativo. Assim, a melhor decisão acerca dos efeitos da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é aquela em que se atinge a finalidade da ação, ou seja, assegurar a Lei Maior.

O Mandado de Injunção é um remédio constitucional que possui a finalidade de extinguir a omissão do Poder Legislativo. Este remédio está ordenado no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal. Logo, surgiu no Brasil motivado pelo direito norte-americano e o direito português.

Melhor dizendo, o Mandado de Injunção tem o propósito de tornar plenas as normas constitucionais de eficácia limitada, assegurando sua aplicação e combatendo a omissão. Isto é, são duas as finalidades: possibilitar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa e extinguir a omissão legislativa.

Não são todas as normas constitucionais que são passíveis ao Mandado de Injunção, para que este aconteça, é necessário haver uma relação entre a omissão e a impossibilidade da realização do direito.

Qualquer pessoa física, jurídica, ou a coletividade poderá utilizar deste instrumento quando a norma regulamentadora estiver faltante, sendo assim, possui ampla legitimidade. Portanto, é fundamental a resolução do caso em concreto para posteriormente extinguir a omissão.

3 A QUESTÃO DA DEFICIÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DA TUTELA LEGISLATIVA REFERENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO

Os direitos fundamentais foram moldados a cerca de 250 anos resultantes do Iluminismo. Com isto, foi formado um conjunto de valores que podem ser vistos com validade universal atualmente. Em destaque, estão o direito à vida e dignidade do cidadão. Primeiramente, foram reconhecidos em âmbito de legislação nacional para posteriormente estabelecer matéria de direito internacional.

Os direitos fundamentais são atribuídos ao ser humano de todas as sociedades e são reconhecidos na esfera do direito constitucional, também tem por objetivo permitir condições mínimas a cada cidadão fazendo com que levem uma vida digna, ou seja, possuem a finalidade de assegurar condições que são imprescindíveis a existência do ser humano.

Os direitos inerentes à pessoa humana foram construídos diante da própria experiência da vida humana, sendo assim, sua evolução foi lenta e gradual.

Durante a evolução, dentre vários critérios, os direitos fundamentais são classificados na expressão “dimensão”. Os direitos fundamentais são categorizados em cinco dimensões, onde seu “start” foi na Revolução Francesa, com os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, indicando respectivamente os direitos da 1ª, 2ª e 3ª dimensão, evoluindo posteriormente. Com os avanços da pesquisa biológica surgiram os efeitos da 4ª geração, que se referem à globalização dos direitos fundamentais, a engenharia genética, onde destacam os direitos a democracia e informação. Já a 5ª geração, destaca o direito à paz, sendo direito supremo da humanidade, como entende Paulo Bonavides.

A Constituição Federal nos seus decorrentes setenta e oito incisos e parágrafos do artigo 5º elencam que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Porém, o rol do artigo 5º não é taxativo, tendo em vista que, não há a exclusão de outros incisos e princípios da Constituição Federal e Tratados Internacionais, ou seja, o rol é meramente exemplificativo.

3.1 Direitos Humanos *Versus* a Realidade Prisional Brasileira

Os direitos do preso estão ordenados pela Constituição Federal, leis infraconstitucionais, pela Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a qual alicerçam regras mínimas para o tratamento do recluso no Brasil em cumprimento aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e pela Lei de Execuções Penais nº 7.210 a qual estabelece o dever do Estado quanto à assistência que deve ser prestada ao preso.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura e assenta os demais direitos fundamentais, dessa maneira, a dignidade deve ser respeitada em qualquer situação em que o cidadão se encontre. Portanto, os presos têm direito à integridade física e moral, comunicação imediata da prisão e o local onde se encontra, informação, para preso, de seus direitos, identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório. As presidiárias serão asseguradas de que permanecerão com seus filhos durante a amamentação. Por conseguinte, o princípio da legalidade garante que se deve respeitar os direitos fundamentais dos presos assegurando o exercício de todos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória e só podem ser limitados nos casos excepcionalmente descritos em lei e são expressamente delineados na Lei de Execuções Penais.

Analisando a realidade prisional na ótica atual percebe-se a precariedade do sistema carcerário brasileiro; onde é nítido o desrespeito dos direitos humanos dos reclusos, a péssima infraestrutura, a ausência de assistência médica e jurídica.

Nesta circunstância de violação dos direitos fundamentais do recluso, nota-se a complexidade do Estado em tutelar o sistema carcerário de acordo com o ordenamento jurídico, os tratados e convenções internacionais que discorrem sobre os direitos humanos.

A Lei de Execuções Penais atesta de forma detalhista o que os estabelecimentos prisionais devem abranger, e enfatiza que estas dependências necessitam estar de acordo com a lotação compatível e sua finalidade, dispor de serviços jurídicos, materiais necessários, educação, trabalho, assistência social e religiosa, salubridade nos ambientes e condicionamento térmico adequado à

existência do cidadão, independente de onde este se encontre, em observância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos do preso são tutelados pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pela Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes ambas da Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos da Organização dos Estados Unidos (OEA).

Porém a realidade prisional retratada atualmente é contrária à finalidade estabelecida pelas Convenções, Pactos e Tratados, descumprindo, assim, a proteção aos direitos humanos. A realidade nos presídios brasileiros é espantosa, indecente e inaceitável.

O sistema carcerário brasileiro possui a 4ª maior população carcerária no ranking do mundo, há um déficit de duzentas mil vagas. Todavia a superlotação é um mero problema concernente aos encarcerados, são diversas questões que afetam os direitos dos presos, como por exemplo, a ausência de atendimento médico, insalubridade das celas, deplorável alimentação.

Neste retrato de violação dos direitos fundamentais a consequência dos abusos não é obstante da violência ocasionada por presos contra presos, o comando do crime organizado dentro e fora dos estabelecimentos prisionais, corrupção, rebeliões e fugas, como disposto por Grecianny Carvalho Cordeiro:

É nesse caldeirão de descaso do Poder Público que os presos se revoltam, passando a provocar rebeliões, motins, fugas, tudo numa vã tentativa de chamar a atenção da sociedade em que sobrevivem no interior dos cárceres.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na data de dezesseis de setembro de 2011 apresentou um relatório à presidência do Tribunal de Justiça, que buscou valer-se de uma análise do cumprimento ou não cumprimento das obrigações assumidas dos direitos humanos nos estabelecimentos penais. O relatório do mutirão carcerário verificou ao longo dos cinco meses de duração as dificuldades apresentadas no sistema carcerário brasileiro tornando evidente o descaso dos regimes prisionais, a superlotação e a falta de assistência à saúde e educação. No relatório conclusivo de um dos membros da Comarca de Parnamirim (RN), evidencia que “Vários estabelecimentos penais do Estado não são dignos

sequer de abrigar animais irracionais ferozes”. Citam-se ademais os problemas relacionados à carência de uma organização cartorária das varas de Execuções Penais dos Estados, haja vista, que, os reclusos cumprem pena além do tempo estabelecido, o grande atraso nos julgamentos dos recursos, a ausência de um sistema informatizado, a duplicidade de condenações e a falta de capacitação dos servidores.

Levando em consideração o sistema carcerário, é perceptível o descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana pelo Estado.

A reabilitação do apenado é improvável, tendo em vista que não existem programas governamentais para sua inclusão social, ademais, a sociedade não aceita a reinserção daquele que já praticou um delito.

A sociedade, de uma forma geral, não se incomoda com o sistema prisional precário que aflige os dias atuais, tampouco com os presos que ali se encontram dignos do sofrimento imposto, tratados como seres irracionais. A sociedade não admite que a população carcerária seja priorizada no âmbito dos gastos públicos para restabelecer, progredir o sistema carcerário. No entanto, esquecem que a finalidade do sistema carcerário é a reabilitação, e que, um dia estarão de volta ao convívio da sociedade, e cabe a coletividade dirimir se irão regressar melhores ou piores. Para a sociedade não encarcerada, os presos perdem o direito à dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser um criminoso, não devendo ser assegurado de qualquer direito.

Ao invés de possibilitar a reabilitação, produz uma quantidade acentuada de infratores reincidentes, mais violentos e revoltados com a falta de compromisso do Poder Público. Assim como Francesco Carnelutti em sua obra aduz que “Basta tratar o delinquente como um ser humano, e não como uma besta, para se descobrir que nele a chama incerta do pavio fumegante que a pena, em vez de extinguir, deve reavivar”.

3.1.1 Determinações exigidas para os estabelecimentos penais

O local fixado ao cumprimento da pena se tornou um problema para o Estado. Foram incontáveis tentativas, a fim de obter um local adequado e que cumprisse com as determinações atribuídas aos indivíduos privados de liberdade.

Os estabelecimentos foram construídos com a finalidade de cumprir com a função utilitária, ou seja, um local onde o apenado reparasse o mal que havia cometido.

A Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução nº 47/133, de dezoito de dezembro de 1992, assegura no artigo 10 que:

Toda a pessoa privada de liberdade deverá ser mantida num local de detenção oficialmente reconhecido, e em conformidade com a lei nacional, comparecer perante uma autoridade judicial no mais curto espaço de tempo após a detenção.

Os estabelecimentos prisionais deve-se-ão cumprir com regras mínimas para o tratamento dos reclusos, onde foram acolhidas no Primeiro Congresso das Nações Unidas e estão dispostos em seus artigos as condições de como o sistema carcerário deveria ser. Assim, foi estipulado que a cela não deveria ultrapassar o número mínimo de um recluso, ou, em caso de lotação provisória, os reclusos deveriam ser cuidadosamente escolhidos, ainda, as condições de higiene, saúde, ventilação devem ser garantidas e, durante o período noturno, os servidores precisariam organizar uma vigilância regular.

Estas condições estão dispostas em artigos da Lei de Execução Penal:

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).

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observado os requisitos da letra a, do parágrafo único do artigo 88, desta lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

- a) A seleção adequada dos presos;
- b) O limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

3.2 A Atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

No que se refere à universalização e internacionalização dos direitos humanos houve a imprescindibilidade de instituição de organismos internacionais de

amparo aos direitos humanos, considerando o desrespeito dos Estados referente a estes.

O propósito destes organismos é supervisionar a atividade dos Estados que fazem parte da Declaração Universal, Tratados Internacionais e Pactos no que tangem a proteção dos direitos humanos.

O Brasil é Estado-parte de um dos mais expressivos tratados internacionais – Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes – ordenando o Estado com o movimento universal de proteção aos direitos humanos.

Há um esforço, do Brasil, em assegurar os direitos humanos, particularmente aos cidadãos expostos a vulnerabilidade, contudo, tem sido reiteradamente objeto de acusação em face da Corte Interamericana dos direitos humanos. Diversos casos de desrespeito aos direitos humanos foram noticiados a Comissão, desde que, o Brasil passou a ser signatário. Consoante o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Os Estados-partes comprometeram-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

As ocorrências mais graves e de maior comoção social envolvendo o Estado brasileiro estão relativamente ligadas ao sistema carcerário do país. A desonrosa realidade do sistema prisional brasileiro em constante violação com os Pactos, Tratados, Convenções Internacionais e com o próprio ordenamento jurídico do Estado, que analisam os direitos humanos, em especial na qual o Brasil é Estado-membro. Desta forma, novamente, comprovou-se a afronta do Estado com o recluso, o qual é entendido como um objeto irrelevante.

O Brasil apresenta condições em assegurar os direitos humanos do sistema prisional, mas reconhece ser preciso reestruturar no que tange cumprir as medidas ditadas pelos organismos internacionais, haja vista, não ser utopia o cumprimento da melhoria do sistema carcerário brasileiro. Cita-se como modelo, o Estado de Rondônia, em que, autoridades e representante dos presos desenvolveram um Pacto para melhoria do sistema prisional do Estado.

O país usufrui de um estatuto executivo-penal que se respalda no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos, no entanto, a teoria não tem surtido efeito na prática, visto que, há a constante violação dos direitos humanos e inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade, um mero exemplo é a Lei de Execuções Penais em que o texto salienta garantias e direitos do preso como limitação ao poder punitivo do Estado, mas na prática o caos instalado nos estabelecimentos penais é explícito.

O sistema carcerário brasileiro é precário no que se refere aos direitos intrínsecos do recluso. Ainda que existam fatores que guiam as ações do Estado, ações estas que derivam de documentos acordados em âmbito da ONU, bem como regras que geram obrigações internacionais ao país conforme seu cumprimento.

Estes fatores, ou, estes mecanismos que buscam a proteção dos direitos fundamentais não se mostram suficientes na prática; os planos do Estado brasileiro continuam a violar e descumprir com os direitos do apenado.

À vista disto, é notória a insuficiência da responsabilização internacional do Estado brasileiro a assegurar a efetividade dos direitos dos reclusos, dos quais o país não poderia deixar de garantir, tendo em vista que é dever do Estado assegurar a tutela efetiva destes direitos.

3.3 A Carência da Tutela Legislativa no Tocante dos Direitos Fundamentais

O Estado brasileiro foi o primeiro do mundo a aderir uma declaração de direitos fundamentais, no entanto, pode ser considerado o país mais atrasado nesta questão. As normas constitucionais e infraconstitucionais têm sido impunemente desrespeitadas pelos Poderes Públicos.

O artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal evidencia que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Assim, o desempenho jurisdicional compreende na proteção dos direitos fundamentais, isto é, a atribuição da jurisdição constitucional é tutelar acerca dos direitos fundamentais, que abrangem gerações dos princípios resultantes do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais dispõem da finalidade de assegurar aos cidadãos condições essenciais a sua própria existência demandando

interferência do Estado. Sendo assim, os direitos fundamentais são a base de um Estado. José Sebastião Oliveira confirma:

Os Direitos Fundamentais significam diretrizes básicas que engendram decisões políticas imprescindíveis à configuração do Estado brasileiro, determinando-lhe o modo e forma de ser. O qualificativo fundamental da ideia de algo necessário, sem o qual inexistiria alicerce, base ou suporte.

O cidadão passou a buscar e defender estes direitos constatando que são indispensáveis, originando uma visão absoluta. Todavia, quatro justificativas fundamentam que isto é questionável, como afirmado por Norberto Bobbio. A primeira questão refere-se que o “Direito do Homem” é um termo abstrato e poderia intitular outras coisas; a segunda alude que o “Direito do Homem” está em constante mudança, diferenciando-se entre si, impossibilitando que sejam respeitados e reconhecidos.

Os direitos fundamentais carecem de uma atuação estatal para sua concretização, ficando claras as contrariedades que são enfrentadas. Portanto, o principal obstáculo é criar um dispositivo que conceda a concretização destes direitos.

O objetivo visado é ratificar que o Estado é responsável pela segurança de seus reclusos, e deve ser ativo na prática dessas condutas, quando não se encarrega com o que está estabelecido em lei.

A introdução dos direitos fundamentais na Constituição Federal denota um antagonismo, considerando que, há um conjunto de direitos fundamentais oferecendo proteção à dignidade da pessoa humana e de outro lado a indiferença e desdém no que concerne o respeito destes direitos.

Apesar de, os direitos fundamentais terem suporte constitucional, considerados garantias expressas, a sua violação pelo próprio Estado são constantes. Desta maneira, o Estado, aquele que tem o dever de assegurar estes direitos, se torna o maior infrator.

É indispensável elucidar que os Estados democráticos possuem medidas excepcionais – em nome da segurança – a fim de descumprir com os direitos fundamentais e liberdade do cidadão. Todavia, a violação dos direitos só ocorre em caso de assegurar a segurança da coletividade e ordem jurídica, isto é,

quando um bem jurídico estiver ameaçado, levando como parâmetro o caso concreto. Jane Reis aduz que:

No plano jurídico-positivo, é intuitivo que a ampla gama de direitos consagrada nos textos constitucionais induz à necessidade de harmonizá-los entre si e com outros valores ou bens protegidos pela ordem jurídica. A limitação dos direitos do homem se impõe em nome de certo pragmatismo associado a uma preocupação com a efetividade: o absolutismo dos direitos do homem conduziria certamente a uma ampla ineficácia. Os direitos fundamentais têm um duplo aspecto: condição ou requisito mínimo da atuação pública constitucionalmente legítima, e ideal ou aspiração máxima da atuação constitucionalmente preferida. São tanto regras sobre direitos como princípios sobre deveres. Entre ambas indicações resta um espaço bastante amplo para a intervenção discricionária e legítima dos poderes públicos. No plano legislativo, os limites dos direitos manifestam-se de dois modos: mediante restrições, exceções ou privações ao exercício do direito tal como definido constitucionalmente e, por meio de um detalhamento da definição do direito fundamental e de suas formas de exercício. Quando se trata de nomear essas duas modalidades de limites, não há uniformidade na doutrina. Fala-se em limite e delimitação, em restrição e configuração e intervenção. (PEREIRA, 2006, p.87-88).

Os direitos fundamentais têm como características a universalidade, no qual todos os seres humanos estão abrangidos pelos direitos, independente de situação social, política, econômica, sexo, idade ou raça; e caráter absoluto, em que os direitos fundamentais estão ápice do ordenamento jurídico e não podem jamais sofrer limitações ou serem violados. Contudo, o caráter absoluto dos direitos fundamentais serve para mostrar sua importância, ou seja, é apenas uma mera característica, haja vista, a deficiência e insuficiência de tutela legislativa referente aos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário necessita de uma boa organização dispondo de servidores empenhados na realização da justiça, promovendo o cumprimento dos direitos e assegurando a dignidade da pessoa humana. Conforme José Adécio Sampaio:

Somente a cidadania, por ela mesma e por provocação, por ela controlada, das instâncias do poder constitucionalizado abrirão clareiras no imobilismo tão benéfico aos locatários, melhor, comodatários do poder, possibilitando a vida real dos direitos de papel. (SAMPAIO, 2004, p.358)

Cabe destacar que o Estado Democrático de Direito deve cumprir com a lei imposta, no entanto, não só a ela, mas também a vontade dos cidadãos, garantindo de maneira efetiva os direitos fundamentais sob o viés constitucional.

O Estado brasileiro tem o dever de assegurar a coletividade, por meio de sua atuação, os direitos mínimos de existência – saúde, moradia, educação, alimentação – garantindo todo e qualquer direito referente a dignidade da pessoa humana. E partindo desta conjectura, estes direitos irão atuar como limite do Poder Estatal, exercido pelo legislativo, executivo ou judiciário. Ingo Sarlet compreende:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção, e realização concreta de uma vida com dignidade para todos (SARLET, 2004, p.77).

A incapacidade de controle pelo poder público sobre a população carcerária, a falta de apoio ao egresso para reinserir-se na comunidade, a falta de preparo dos agentes penitenciários, além do descaso do Estado aos direitos dos presos, ao não assegurar as condições elementares de encarceramento (assistência jurídica, social, médica), evidenciam a realidade alarmante e preocupante das prisões brasileiras (Martins, 2013, p.36).

Há dentro e fora do sistema prisional à violação dos direitos fundamentais pelo próprio Estado, isto é, são inúmeras as formas de omissão por parte dos Poderes Públicos nas questões de lentidão no desenvolvimento dos processos, na estrutura miserável dos estabelecimentos penais, pessoas morrem em hospitais por falta de atendimento médico, por falta de moradia as pessoas menos favorecidas, por falta de alimentação as crianças de escolas públicas, deixando evidente a deficiência e insuficiência de tutela legislativa em relação aos direitos fundamentais. É necessário enfatizar que o garantismo não deve valer-se apenas na teoria, ou seja, no plano legislativo; este garantismo precisa ser exercitado e colocado em prática.

4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Diante de uma violação massiva, estrutural e generalizada de direitos fundamentais a Corte Constitucional Colombiana desenvolveu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que tem o propósito de solucionar o problema adotando medidas multifocadas para as graves situações de inconstitucionalidades que são praticadas frente a um grupo de pessoas vulneráveis em face da omissão e inércia do Poder Público.

Consoante a Tese de Doutorado do Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos são discutidas três hipóteses para a análise do Estado de Coisa Inconstitucional, estas são:

[O primeiro pressuposto] a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas;

[O segundo pressuposto] a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;

[O terceiro pressuposto] a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes – são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>)

4.1 Decisões da Corte Constitucional Colombiana acerca do Estado de Coisas Inconstitucional

O estudo sobre o Estado de Coisas Inconstitucional concerne à decisão que foi proferida na “*Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997*” pela Corte Constitucional Colombiana envolvendo uma demanda de 45 professores que litigaram sobre direitos previdenciários recusados, em que restou evidenciado o descumprimento generalizado de direitos fundamentais, dessa maneira, o Estado de Coisas Inconstitucional foi utilizado a fim de corrigir as falhas sistêmicas e estruturais para evitar a repetição de decisões individuais sobre a mesma questão.

Outra *Sentencia de Tutela T-153 de 1998*, que decretou o Estado de Coisas Inconstitucional referente à superpopulação das penitenciárias daquele país e as péssimas condições do sistema carcerário – tal como se verifica na ADFP 347,

que trata dos problemas carcerários no Brasil. A Corte enfatizou a ampla violação aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, à proporção que, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional e tomou como solução um plano de construção e reparação das unidades penitenciárias, ordenou que o governo elevasse os recursos orçamentários, e garantisse os direitos dos reclusos de todo o Estado; porém, as medidas não tornaram eficazes. Todavia, a Corte não praticaria os mesmos erros no caso do deslocamento forçado de pessoas.

Bem como, a decisão decretada pela Corte Constitucional Colombiana foi a *Sentencia de Tutela T-025*, de 2004, visando superar a violação massiva de direitos fundamentais de um grupo de imigrantes internos, isto é, pessoas que foram forçadas a deslocarem-se em razão de violência provocada por grupos armados, em que foram obrigadas a abandonar seus lares e atividades econômicas e buscarem refúgio em outros locais dentro do mesmo Estado. A *Sentencia T-025* avaliou 108 pedidos de tutela desenvolvidos por familiares que foram coagidos, com essas posturas, a Corte Colombiana verificou que os pressupostos característicos do Estado de Coisa Inconstitucional estavam presentes; e desenvolveu “remédios” a todas as pessoas que foram forçadas a deslocarem-se, ou seja, os remédios criados abrangeram não só as pessoas que pleitearam a tutela, mas a todas que se encontravam na mesma condição. A Corte Constitucional deliberou um foco sob a questão orçamentária, novas políticas públicas, maior proteção aos direitos individuais dos que estavam pleiteando e a todos os outros envolvidos na mesma situação, logo, resultaram bons efeitos práticos. Nota-se, que ao invés de supremacia judicial, foram utilizados “remédios estruturais” favorecendo o diálogo com os outros poderes e a sociedade.

4.2 Os Chamados “Remédios Estruturais”

O Estado de Coisas Inconstitucional está diretamente relacionado com o “litígio estrutural”, ou seja, refere-se ao extenso número de pessoas que estão vinculadas.

Os “remédios estruturais”¹ são parâmetros voltados à formação e efetivação de novas políticas públicas, desempenhando as funções de determinação e diálogo sobre o Estado de Coisas Inconstitucional e superação de bloqueios políticos. Resta evidenciar que, a formação e efetivação são ordens flexíveis, cujo objetivo será o monitoramento judicial contínuo – por meio de audiências públicas, como exemplo.

4.3 O Ativismo Judicial e o Estado de Coisas Inconstitucional

A omissão e a inércia legislativa e administrativa caracterizam a “falha estatal estrutural” ocasionando o Estado de Coisas Inconstitucional. Assim, o único meio para sanar a paralisia parlamentar e administrativa é a atuação proativa do Poder Judiciário.

Os instrumentos jurisdicionais tradicionais já não surtem efeitos para solucionar o quadro de inconstitucionalidade. No entanto, a dificuldade deste cenário impõe a fixação dos “remédios estruturais flexíveis”.

A Corte Constitucional aplica ordens flexíveis e de monitoramento contínuo judicial, com isto, afasta a aplicação de medidas rígidas; ao invés de supremacia judicial, adota-se o diálogo com os demais poderes para melhor resolução do Estado de Coisas Inconstitucional. Salienta-se que a Corte não pode atuar de maneira isolada e proferir decisão que não possam ser cumpridas.

O ativismo judicial além de estrutural é também dialógico.

Relembrando as decisões da Corte Constitucional Colombiana: o caso do sistema carcerário adotou uma supremacia judicial, não alcançando o sucesso. Conseqüentemente, o deslocamento forçado de pessoas, utilizando-se por meio de remédios estruturais – diálogo institucional, como exemplo – trouxe vantagens à efetividade prática das decisões, onde obteve um progresso na situação.

Afirma Campos em sua tese (“Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional”), “A declaração de Estado de Coisas Inconstitucional leva o juiz a agir como coordenador institucional. O ativismo judicial é o único instrumento para superar bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar”.

¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional, 4 de maio de 2015. <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>

Desta forma, declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, demonstra-se um ativismo judicial, onde o Poder Judiciário age de forma legítima – não acarretando uma supremacia judicial – com a finalidade de solucionar as omissões estatais referentes à proteção aos direitos fundamentais.

4.4 A “Teoria” do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

É notório que o Brasil possui uma acentuada violação dos direitos fundamentais que se agravam diante da omissão e inércia dos Poderes Públicos.

Considerando a Corte Constitucional Colombiana e o Supremo Tribunal Federal há diferenças institucionais significativas, nada obstante, a formação de “remédios estruturais flexíveis”, ou seja, as ordens flexíveis sob o monitoramento judicial periódico podem ser uma qualidade ao nosso Tribunal para limitar as falhas estruturais que descumprem com a efetividade dos direitos fundamentais da sociedade brasileira. Sendo assim, a prática utilizada pela Corte Constitucional Colombiana pode ser uma alternativa em diversos ramos no Estado brasileiro.

Uma amostra da ampla violação dos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana são: o saneamento básico brasileiro; a saúde pública, violência urbana em diversas regiões do país; e o sistema carcerário, que será aprofundado posteriormente.

A situação do Estado do Rio Grande do Sul poderia se enquadrar ao Estado de Coisas Inconstitucional, relativo ao parcelamento dos salários do funcionalismo público.

4.5 Principais Críticas Enfrentadas pelo Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional foi abordado recentemente no país, portanto, os debates são comuns acerca deste instituto.

Uma das principais objeções refere-se à objeção democrática, isto é, os membros do Poder Judiciário são julgadores escolhidos por meio de concursos públicos ou nomeados pela autoridade do Executivo, não são democraticamente selecionados pelo povo; não sendo considerados “representantes” como os demais Poderes Públicos; e por não representarem o povo, o Poder Judiciário seria ilegítimo

para intervir em circunstâncias que demandam da participação dos Poderes Legislativo e Executivo. Conquanto, o Poder Judiciário não poderá ser afastado, tendo em vista que há uma relação entre a democracia e o Estado de Direito, pois trata-se de um Estado Democrático de Direito. Ademais, os direitos fundamentais visam à proteção dos direitos da maioria, justificando assim a atuação do Poder Judiciário possuindo legitimidade para assegurar e garantir estes direitos. Analisando de outra maneira, não são raras as vezes que a própria decisão escolhida pelo legislador não se coaduna com a vontade popular; e, por outro lado, muitas vezes a sentença advinda do judiciário melhor se ajusta ao sentimento majoritário (BARROSO, 2015).

Seguindo a esteira de críticas, outra objeção seria ao princípio da separação de poderes; em que o Poder Judiciário estaria interferindo na atuação do legislador e do gestor público, lesionando este pacto. O Supremo Tribunal Federal compreende que quando há o descumprimento dos direitos fundamentais devido à inércia e omissão dos demais poderes – Legislativo e Executivo – o Poder Judiciário poderia agir de forma proativa, responsabilizando-se por zelar o direito da maioria.

A terceira objeção está relacionada à conceitualização do Estado de Coisas Inconstitucional; a crítica refere-se ao próprio conceito, que se diz vago e carecendo de delimitação. Contudo, desde que preenchido os pressupostos mencionados, o Brasil poderia se enquadrar em várias situações do Estado de Coisas Inconstitucional – saúde, saneamento, educação, etc. – sendo assim, faltam delimitação as decisões e as medidas de atuação do Poder Judiciário.

E por fim, a objeção no tocante dos efeitos causados pelo Estado de Coisas Inconstitucional no Estado colombiano, em que não surtiram os efeitos desejados. Entretanto, são necessários meios para cumprir com as ordens flexíveis, ou seja, é necessário que ocorra o diálogo entre os Poderes Públicos – solução esta para o Estado de Coisas Inconstitucional – pois, de nada adiantaria, existir uma ordem se não houver meios para cumpri-la, tornando-se uma ordem vazia.

5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes (NELSON MANDELA, A Long Walk to Freedom).

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF nº 347) – instituto utilizado para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público – pleiteando que seja admitida a ilicitude e indignidade estrutural do sistema carcerário brasileiro, isto é, que sejam identificadas as ofensas aos direitos fundamentais da população penitenciária resultantes das condutas omissivas dos Poderes Públicos.

O sistema penitenciário brasileiro é comparado ao inferno de Dante, em que trata como menos que gente a população encarcerada; José Eduardo Cardozo, Ministro da Justiça, afirmou que preferia morrer a estar preso em alguma das unidades penitenciárias do Estado, utilizando a expressão “masmorras medievais” para equiparar com as prisões brasileiras. Os direitos fundamentais violados são abundantes, sendo desumana a forma que os reclusos são mantidos; temperaturas extremamente altas, celas superlotadas, sujas e fétidas, proliferação de doenças infectocontagiosas, escassez de água potável e comidas intoleráveis, ausência de produtos básicos de higiene. Além da carência em assistência médica e judiciária, acesso a educação e trabalho.

Desde o ano de 2008 são realizados mutirões carcerários em variados presídios do Estado em que são disponibilizados relatórios, nos quais fica evidenciado a massiva violação de direitos fundamentais do recluso. Em relatório divulgado na data de julho de 2008 pela CPI do Sistema Carcerário produzido pela Câmara dos Deputados, salientou-se:

Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...). Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas. (Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172.)

Além de todas as massivas violações aos direitos fundamentais supracitadas, a deplorável estrutura do sistema carcerário permite com que as facções criminosas prosperem, intensificando ainda mais os níveis de criminalidade, tendo em vista que, os reclusos não são divididos por grau de periculosidade, pelo contrário, são dispostos todos da mesma maneira. O Ministro Gilmar Mendes fez menção que a deplorável estrutura prisional aborda uma verdadeira escola do crime.

A população penitenciária cresce de maneira exorbitante. O Brasil, hoje, está em quarto no ranking dos dez países com maior população prisional – atrás apenas dos países Estados Unidos, China e Rússia – fazendo uma breve análise do panorama brasileiro conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Diagnóstico de Pessoas Presas divulgado em junho de 2014, percebe-se que: a população no sistema prisional é de 567.655 presos; a capacidade do sistema agrega 357.219 vagas; o déficit de vagas já é de 732.427, considerando o número de mandados de prisão que estão para serem cumpridos.

O Ministro Marco Aurélio expressou-se afirmando que “o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”.

As normas jurídicas estão presentes, até mesmo em Lei Fundamental, assegurando os direitos humanos dos reclusos nas unidades prisionais, todavia, há a omissão dos Poderes Públicos na prática destas normas; cabe ao Poder Público fiscalizar o cumprimento das mesmas, garantindo assim a tutela efetiva aos direitos fundamentais do preso.

5.1 Poder Público: Do Conhecimento das Normas à Omissão

Como dito anteriormente, a Constituição Federal dispõe de várias normas que asseguram os direitos fundamentais do preso – acesso à justiça, saúde, educação e trabalho, infraestrutura, etc. – no entanto, a omissão de atos do Poder Público em face ao sistema prisional brasileiro impossibilita que as normas tenham efetividade.

Diante de investigações realizadas pelos parlamentares – relatório do sistema carcerário – a massiva violação de direitos fundamentais dos presos ante a omissão dos três poderes não é recente, Ana Paula Barcellos evidencia o estado de descumprimento aos direitos fundamentais dos encarcerados:

A primeira conclusão que se quer enunciar aqui, embora se trate de certo truísmo, é a de que o tratamento conferido aos presos no Brasil, e descrito antes, viola de forma grosseira os direitos humanos. O ponto será aprofundado adiante. A segunda conclusão a apurar é a de que a violação dos direitos humanos dos presos no Brasil constitui o tratamento normal (do ponto de vista estatístico) conferido a tal parcela da população: a rotina e não um desvio eventual. Parece certo afirmar que em qualquer sistema prisional de que se cogite, em qualquer lugar do mundo, sempre será possível observar violações eventuais aos direitos do preso. A diferença é que em algumas partes do mundo essas violações serão uma exceção, uma anomalia a ser punida pelo direito. como em qualquer outra área na qual os indivíduos possam exercer a liberdade, sempre haverá um percentual de condutas desviantes em relação ao padrão, daí a necessidade da própria existência do direito. No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui uma exceção. A terceira conclusão é de que esse tratamento desumano conferido aos presos não constitui um evento novo na história do Brasil (BARCELLOS, 2010, p. 45).

A superlotação, provavelmente, seja o maior obstáculo a ser transpassado. O abarrotado sistema prisional impossibilita que as condições mínimas de privacidade, saúde, higiene sejam garantidas. Consoante Comissão Internacional de Direitos Humanos:

A superlotação gera fricções entre os reclusos e incrementa os níveis de violência dos cárceres; dificulta que os presos disponham de um mínimo de privacidade; reduz espaços de acesso aos chuveiros, banheiros, pátio, etc.; facilita a propagação de enfermidades; cria um ambiente em que as condições de salubridade, sanitárias e de higiene são deploráveis; e impede o acesso às –geralmente escassas – oportunidades de estudo e trabalho, constituindo uma verdadeira barreira para o cumprimento dos fins da pena privativa de liberdade. (Comisión Interamericana de *Derechos Humanos*. Informe sobre los *Derechos Humanos de las Personas Privadas de libertad en las Americas*, 2011, p.175).

Além da massiva violação à dignidade da pessoa humana, o ambiente de celas superlotadas impede a finalidade da sanção imposta aos reclusos – privação de liberdade – tendo em vista que o objetivo é a ressocialização, porém, esta é praticamente impossível nas condições impostas aos presos.

Variados são os fundamentos para a superpopulação: a utilização imoderada das prisões processuais; morosidade das ações penais; a ausência para a criação de novas vagas; e a persistência da utilização do meio penal como resoluções de questões sociais. A Câmara dos Deputados em CPI efetivou que a

superlotação é “a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”, ademais:

Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas (...). Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam de seus presos pobres. E é assim que as autoridades brasileiras cuidam de seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade. (Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p.244. Câmara dos Deputados).

Um dos grandes exemplos de extrema violação à dignidade humana dos presos foi em uma das unidades prisionais do Espírito Santo, em que presos ficaram aglomerados em contêineres metálicos devido a superlotação das celas; cita-se ainda, a Penitenciária Coronel Odenir Guimarães, em Goiás, onde uma cela que possuía capacidade para 2 reclusos suportava 35 detentos.

Medidas foram tomadas pelo Poder Público, no entanto, estas não progrediram, talvez por inexistência de empenho político. No ano de 2011 foi criado o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, que trazia como meta a elaboração de obras para aumentar o número de vagas no sistema penitenciário; das 99 obras, 33 estão paradas, 20 estão em andamento e 46 sequer começaram a ser feitas, levando em consideração o atraso.

Outra questão a ser observada relaciona-se aos presos provisórios, onde a prisão anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve ser feita em último caso, a julgar pelo princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, em que ninguém poderá ser privado de liberdade como antecipação de pena, salvo se cumpridos os pressupostos necessários e em observância a razoabilidade da privação de liberdade individual em relação a um bem jurídico maior

(...) nós temos hoje cerca de 600 mil prisioneiros encarcerados, e, o que é pior, 40% deste número representa presos provisórios. Mais de 240 mil brasileiros encontram-se sob a custódia do governo, de forma cautelar, sem ter muitas vezes se defrontado com um juiz e sem ainda ter sido condenados definitivamente, numa afronta evidente ao princípio da não

culpabilidade, dos principais valores exibidos na nossa Magna Carta". (<http://s.conjur.com.br/dl/discurso-ricardo-lewandowski-durante.pdf>).

O artigo 84 da Lei de Execuções Penais normatiza que os presos provisórios são assegurados a ficar separados dos presos com sentença penal condenatória transitada em julgado, porém, isto não é posto em prática.

São rotineiros os casos em que presos provisórios permaneceram por anos em privação de liberdade antes que fosse concluso o julgamento do processo em que estão sendo acusado, um exemplo desta violação foi Recurso Especial nº 802.435:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.

Por conta disto, é necessário que sejam elaborados critérios a reduzir o número de prisões cautelares, minimizando as superlotações nos sistemas prisionais e garantindo os direitos fundamentais dos presos; as medidas cautelares alternativas e as audiências de custódia são meios que objetivam assegurar os direitos fundamentais e minimizar a superlotação do sistema carcerário.

Parâmetros são estabelecidos em relação à assistência material ao preso, porém, estes são violados na rotina dos presídios. Fornecimento de água potável; realização de exercício físico; refeições preparadas de acordo com dietas nutricionais; instalações higiênicas; fornecimento de vestuários; etc.

Geralmente, nenhum destes critérios é respeitado; falta de água para o banho; a refeição é de péssima qualidade; fornecimento de vestuário e higiene pessoal é irregular. A Cadeia Pública Feminina de Colina/SP, que durante 12 meses sofreu com a ausência de material necessário as reclusas; as presas receberam apenas 4 rolos de papel higiênico e sequer receberam escova de dente e

absorvente íntimo, utilizando miolo de pão para conter o fluxo menstrual, conforme reportagem na Folha de São Paulo em janeiro de 2013.

Os reclusos estão assegurados ao direito fundamental à saúde, onde compreende atendimento médico, odontológico, psicologia, enfermagem e serviço social, exigindo que os estabelecimentos prisionais possuam instalações adequadas. Em 10 de janeiro de 2013, no Rio Grande do Sul, aconteceu outro episódio surpreendente, que mais uma vez evidencia a massiva violação à dignidade da pessoa humana; por falta de tratamento adequado, o condenado contaminou-se com tuberculose, onde foi submetido a extrair parte de seu pulmão, no entanto, com a deplorável condição do estabelecimento prisional – insalubridade – o corte feito em cirurgia infeccionou, apodrecendo o tecido humano, ocasionando a permanecer uma abertura em que era possível ver seu coração pulsar.²

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a representação feita sobre a massiva violação aos direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre:

PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE, RIO GRANDE DO SUL, BRASIL. PIOR PRESÍDIO DO BRASIL. CONDIÇÕES DE ESTRUTURA DO ESTABELECIMENTO, TRATAMENTO DE PRESOS, FAMILIARES, VISITANTES E SERVIDORES PÚBLICOS ENVOLVIDOS CARACTERIZADORAS DE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS. EXAURIMENTO DAS VIAS JUDICIÁRIAS DISPONÍVEIS. CONSOLIDAÇÃO, AO LONGO DO TEMPO, DE VÁRIAS DECISÕES JUDICIAIS PELO CORRESPONDENTE TRÂNSITO EM JULGADO. RECOMENDAÇÕES EXTRAJUDICIAIS PÓS-INSPEÇÃO FEITAS PELO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCC), PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E PELA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CPI) DO SISTEMA CARCERÁRIO. RENITENTE OMISSÃO POR PARTE DO ESTADO BRASILEIRO EM ADOTAR AS MEDIDAS NECESSÁRIAS À IMPLEMENTAÇÃO DO QUANTO DECIDIDO/RECOMENDADO. VAZIAS E SISTEMÁTICAS PROMESSAS DE SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS NO PCPA POR SUCESSIVOS GOVERNOS INDICATIVAS DE INSUPORTÁVEL E INVENCÍVEL INÉRCIA. INOBSERVÂNCIA DOS PADRÕES INTERAMERICANOS EM TEMA DE CONDIÇÕES CARCERÁRIAS E TRATAMENTO DE DETENTOS A CLAMAR PELA URGENTE INTERVENÇÃO DA CIDH PARA MODIFICAÇÃO DO CENÁRIO.

As péssimas condições do sistema carcerário brasileiro foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal em seu Recurso Extraordinário 580.252/MS, em que se discute a responsabilidade civil do Estado pela omissão e violação de

² http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2013/05/representacao_oea.pdf

direitos dos presos. O Relator e Ministro Teori Zavascki acentuou, “E é dever do Estado mantê-lo em condições carcerárias de acordo com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos causados que daí decorrerem”³.

Além dos demais, direitos já mencionados, a Lei de Execução Penal estabelece que os estabelecimentos prisionais devam conter salas de aula, biblioteca, instruindo os reclusos na formação escolar e profissional, beneficiando-os com a remição dos dias estudados e/ou trabalhados. O Estado detém o ônus de oferecer trabalho e estudo ao preso, tendo em vista que, é abordado como um direito social pela Constituição Federal, entretanto, na prática é incomum. O número de presos envolvidos em atividades laborais, cultural e lazer são extremamente mínimos; e os poucos que exercem tais atividades têm seus direitos violados devido à escassez ou até mesmo inexistência de remuneração e exploração ilegal dos serviços disponíveis.

O sistema carcerário brasileiro tem sido alvo de várias ações: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5170, que trata o direito de indenização por danos morais aos reclusos; a ADI 5356⁴ referente a inconstitucionalidade da norma que estabelece o bloqueio de rádio e comunicação em área de estabelecimento penal ; e o RE 592581, que discute a viabilidade do Judiciário em impor aos estados e União a realização de obras em unidades prisionais.

Em resumo, a omissão e o descaso dos Poderes Públicos tornam as condições vividas pelos apenados ainda mais degradantes.

³ ZAVASCKI, Teori. O relator votou pelo direito dos presos à indenização em decorrência da omissão estatal. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>.

⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI ESTADUAL 4.650/2015. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS TECNOLÓGICOS PARA BLOQUEAR SINAL DE TELECOMUNICAÇÕES E/OU RADIOCOMUNICAÇÕES NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS E CENTROS DE SOCIOEDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR. 1. A determinação de instalação de equipamentos tecnológicos para bloquear sinal de telecomunicações e/ou radiocomunicações nos estabelecimentos penais e centros de socioeducação não invade a competência da União prevista no art. 22, IV, da Constituição da República. 2. Trata-se de competência concorrente (arts. 24, I e V, e 144, CRFB) atribuída à União, aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário, segurança pública e consumo. 3. Espaço constitucional deferido ao sentido do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição Federal de 1988. É possível que Estados-membros e Municípios, no exercício da competência concorrente, legislem com o fito de expungirem vácuos normativos para atender a interesses que lhe são peculiares, haja vista que à União cabe editar apenas normas gerais na espécie. Medida cautelar indeferida.

5.2 Superação do Cenário Carcerário: Medidas Efetivas como Solução à Omissão do Poder Público

As informações e exemplos acima evidenciados exibem o horror vivido pelos presos em variados estabelecimentos penais do Estado, contudo, medidas podem ser admitidas pelos Poderes Públicos para solucionar, ou ao menos, minimizar a violação aos direitos fundamentais dos condenados.

É indispensável a criação de projetos, nos quais, estabeleçam metas e prazos a fim de solucionar as questões críticas referentes aos problemas enfrentados pelos encarcerados, vinculando assim os órgãos públicos a agirem, caso contrário, diante da inércia dos Poderes Públicas, compete ao Supremo Tribunal Federal instituir medidas alternativas com o propósito de sanar o Estado de Coisas Inconstitucional. Órgãos independentes, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), poderão examinar e monitorar as metas e prazos estabelecidos pelos projetos, uma vez que possui competência para tanto. Essas medidas buscam a resolução do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro por meio de diálogo e colaboração dos demais Poderes.

Nada obstante, há medidas que poderiam ser tomadas que sequer tem relação com o Estado de Coisas Inconstitucional. Outra medida alternativa a fim de amenizar o quadro de superlotação, como exemplo, seria a audiência de custódia, tendo em vista o excesso de presos provisórios nos estabelecimentos penais do Estado, que lesionam o princípio da presunção de inocência e direito à liberdade. A audiência de custódia consiste na célere apresentação do acusado perante um juiz, no qual, será analisada a legalidade da prisão em flagrantes e eventuais incidentes de tortura ou maus-tratos, concedendo a liberdade, mantendo a prisão ou determinado medidas cautelares alternativas. O direito à audiência de custódia está compactado no Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos em seu artigo 9.3, e no Pacto de San José da Costa Rica expresso no artigo 7.5, assegurando a aplicabilidade imediata, haja vista, ser um direito fundamental. O Ministro de Justiça, Gilmar Mendes, enfatizou:

Sobre o modelo da prisão provisória, travamos uma luta intensa no Conselho Nacional de Justiça, concebendo, inclusive, o projeto de Lei que resultou na Lei 12.403/2011, para que aprovássemos as medidas cautelares

à prisão provisória. Até hoje, contudo, não se identificam os reflexos desta alteração.

A toda hora deparamos, no STF, com situações de prisão provisória que poderia ter sido substituída por alguma medida alternativa. Há uma série de medidas cautelares previstas na referida Lei, entre elas, o monitoramento eletrônico, medida, contudo, ainda pouco utilizada e que, se adequadamente implantada, poderia reduzir, significativamente, a superlotação carcerária.

Os magistrados precisam valer-se da realidade, isto é, não podem fechar os olhos perante o caos do sistema carcerário brasileiro, da massiva violação aos direitos humanos do preso; a prisão provisória deve ser plausível apenas em situações extremas, em que as medidas cautelares alternativas não se adequem, e quando isto ocorrer, os juízes mediante expressa motivação justifiquem a razão da inaplicabilidade de medidas alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Em relatório final feito pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)⁵, a fim de investigar a violação aos direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro em todos os pontos suscitados, a princípio, não encontrou soluções à obscuridade do sistema penitenciário brasileiro, no entanto, o Deputado Domingos Dutra, e também Relator, conclui o relatório com positivismo e confiança:

Assim, acreditamos que com políticas econômicas viáveis, programas sociais efetivos; ações de prevenção e combate à criminalidade, governo e sociedade estarão caminhando a passo largos para FECHAR as portas de entrada no sistema carcerário.

Da mesma forma, governo e sociedade devem juntar as mãos no esforço concentrado e solidário para ABRIR as portas do sistema carcerário ao cumprimento das leis, ao respeito dos encarcerados e, sobretudo para garantir o direito de todos os brasileiros a uma vida tranquila e segura.

É com este sentimento e com a certeza de que “a vida é um combate, que aos fracos abate e que aos fortes e bravios só pode exaltar” que entrego à sociedade brasileira este relatório com as esperanças renovadas de que é possível construir uma sociedade livre, justa e humana para TODOS.

Dessa forma, a partir do momento em que medidas efetivas forem tomadas; os direitos dos presos forem garantidos, o sistema carcerário brasileiro mudará de cenário, possibilitando a segurança da sociedade e a diminuição da criminalidade.

⁵ CPI do sistema carcerário – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p.618
http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5

5.2.1 Efeitos positivos motivados pela ingerência do Supremo Tribunal Federal

Após a comprovação dos pressupostos que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional, algumas medidas podem ser capazes de surtir efeitos diretos ou indiretos para a superação do estado de inconstitucionalidade.

O recurso mais adequado a ser utilizado é o ativismo judicial. Mediante a atuação proativa do Poder Judiciário novas políticas públicas podem ser criadas, modificadas e monitoradas, isto é, o Tribunal, por meio de remédios estruturais estabelece critérios com a finalidade de solucionar os problemas do sistema carcerário brasileiro. Além do monitoramento das decisões pelo Poder Judiciário, o Supremo carece da participação da sociedade para analisar os critérios adotados através de audiências públicas.

O ponto central do ativismo judicial se subdivide em três: i) redução do aumento progressivo da população carcerária; ii) diminuição do déficit de vagas do sistema prisional; iii) melhorar as atuais condições do encarceramento. Esses pontos apresentados por Campos, que em sua Tese de Doutorado observou os seguintes parâmetros:⁶

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 a probabilidade de sentença condenatória privativa de liberdade deste;
- 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) Atenção total ao processo de recuperação social dos presos a fim de evitar a reincidência penal;

II - Para diminuir o déficit de vagas do sistema prisional:

- a) Os parâmetros acima apontados;
- b) Determinar que sejam feitos mutirões constantes para a revisão das prisões provisórias e dos casos de presos que já cumpriram as penas impostas;
- (i) Determinar a construção de novos presídios.

III - Para melhorar as condições atuais do encarceramento:

- a) Determinar reforma dos presídios existentes, das acomodações insalubres escuras e sem higiene;

⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional._2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico

- b) Ações estatais voltadas a assegurar direitos básicos dos presos:
 - b.1. Assistência médica e psicológica;
 - b.2. Fornecimento de medicamentos;
 - b.3. Melhoria da alimentação;
 - b.4. Serviços de educação;
 - b.5. Programas de oferta de trabalho;
 - b.6. Fornecimento de vestuário;
 - b.7. assistência social e jurídica;
 - b.8. Acompanhamento da vida do egresso;
- c) Ações de divisão dos presos conforme a gravidade do delito, idade e natureza da prisão.

Os parâmetros supracitados devem ser utilizados como base para a criação, modificação e monitoramento de políticas públicas com garantia aos direitos fundamentais dos reclusos.

Resta evidenciar que os critérios a serem utilizados não prejudica a supremacia judicial, tendo em vista que o Tribunal adotará ordens flexíveis e de monitoramento judicial, contudo, os Poderes Legislativo e Executivo decidem de maneira própria dispendo de suas ações nos parâmetros acima apresentados.

Uma inovação em busca da efetividade dos direitos fundamentais dos presos, talvez árduo, mas um esforço relativamente necessário quando confrontado com os problemas atuais.

5.2.2 Medidas Cautelares na ADPF 347

O PSOL, em petição inicial, pleiteou ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento de oito medidas cautelares, as quais são:

- a) determine a todos os juízes e tribunais que, em caso de decretação 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 Cíveis 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;
- 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 do 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.

O Supremo Tribunal Federal, na data de 09 de setembro de 2015, decidiu por conceder, de maneira parcial, as medidas cautelares requeridas – medidas cautelares referente a audiência de custódia e liberação das verbas existentes no Fundo Penitenciário. De forma parcial, pois, realmente foi reconhecida que há uma ampla violação dos direitos fundamentais do preso, e juntamente, que, os Tratados Internacionais, Normas Constitucionais e Infraconstitucionais são desacatadas reiteradamente.

5.3 O Sistema Carcerário como um Estado de Coisas Inconstitucional

Por fim, mediante a deplorável condição dos sistemas prisionais do Estado brasileiro, a massiva e generalizada violação dos direitos fundamentais dos presos, a fim de solucionar o problema adotando medidas efetivas referente as graves situações de inconstitucionalidade.

O sistema carcerário brasileiro apresenta todos os pressupostos para que seja reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional.

O primeiro pressuposto denuncia a violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais no que concerne a integridade física e moral dos presos; a

superlotação, a estrutura prisional, a falta de assistência médica e jurídica, o tratamento desumano dado aos reclusos, negando-lhes mínima dignidade humana, de acordo com Sarmiento (JOTA, 2015), “a mais grave questão de direitos humanos do Brasil contemporâneo”. Os direitos fundamentais arrolados nos dispositivos constitucionais são notoriamente ignorados quando refere-se ao sistema prisional brasileiro.

Como segundo pressuposto ao Estado de Coisas Inconstitucional – que se associa a violação aos direitos fundamentais dos reclusos – a frequente omissão dos Poder Públicos na efetivação em assegurar os direitos dos presos. As falhas estruturais: questões legislativas, administrativas e orçamentárias revelam o desastre do sistema prisional e a inércia das autoridades públicas que não adotam medidas a fim de solucionar o caos instalado nas penitenciárias do Estado, ocasionando ainda mais a sistemática violação à dignidade da pessoa humana dos presos e a constância desta situação. A cenário legislativo é: há a existência de normas assegurando os direitos dos presos, porém, essas não são adotadas e nada é feito para modificar tal situação. O Estado, como um todo, é deficiente, pois mostram-se inertes a falta de vontade política em sanar o quadro da inconstitucionalidade.

O terceiro pressuposto, atrelado ao anterior, evidencia um conjunto de providências a serem tomadas para a superação destas transgressões de direitos fundamentais dos presos. A partir do momento em que se caracterizar o Estado de Coisas Inconstitucional, estas medidas efetivas deverão ser adotadas pelos Poderes Públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário, e não apenas um único órgão – para que as falhas do sistema carcerário sejam sanadas. Segundo Campos (2015, p.41), “A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. Ao contrário, a solução requer “remédios estruturais”.

O sistema carcerário brasileiro e suas condições degradantes traz a elevada possibilidade de demanda dos presos, tanto pelas precárias instalações do sistema prisional e superpopulação carcerária, como pelas condições desumanas. Considerando essas possibilidades, as providências a serem tomadas, podem, de certa forma, impossibilitar maiores custos as autoridades públicas.

Comprovados os pressupostos, o sistema carcerário brasileiro caracteriza-se um Estado de Coisas Inconstitucional.

5.3.1 A desilusão na finalidade da sanção penal: a ressocialização dos reclusos

O descumprimento das normas descritas no ordenamento jurídico brasileiro gera uma sanção. O Estado tem o poder de punir – *jus piniendi* – e deve executar a pena dentro dos princípios legais.

A doutrina possui diversas maneiras de conceituar pena, dentre elas, Edilson Bonfim e Fernando Capez (2004, p.632):

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja a finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua reabilitação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Percebe-se que a finalidade elementar da pena é a efetivação da sentença penal condenatória e, posteriormente, a reinserção do egresso ao convívio da sociedade.

No entanto, a última finalidade é apenas mero objetivo, tendo em vista que na prática não se torna efetiva.

Teorias foram desenvolvidas a fim de justificar o objetivo e a função imposta pela sanção penal. A primeira teoria é chamada de Teoria Absoluta ou Retributiva, a qual o autor deve ser punido pela infração penal praticada. Por conseguinte, a próxima teoria é a Teoria Relativa ou Preventiva, a qual pretende prevenir a ocorrência de novas infrações penais, neste caso, a punição não é tão importante. E por fim, a última teoria desenvolvida é a chamada Teoria Mista ou Unificadora, à vista disso, há a junção das duas teorias anteriormente citadas; ou seja, o autor deve ser punido pela infração penal praticada e prevenir que sejam cometidas novas infrações penais.

Com isso, a finalidade a ser alcançada é: a retribuição, prevenção e ressocialização do delinquente. Previsões normativas evidenciam a teoria mista que é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, como no artigo 5º, item 6, da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, onde valida a finalidade preventiva e ressocializadora: “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Não obstante, torna-se ilusório a finalidade da sanção penal, haja vista, todos os problemas explanados anteriormente.

O sistema prisional nada mais é que depósito de indivíduos que praticaram infrações penais, onde mais uma vez, são expostas as mazelas dos estabelecimentos penitenciários. E mais uma vez, este objetivo não é alcançado devido à omissão do Estado, que além do dever de punir, também possui o dever de assegurar os direitos fundamentais dos presos, direitos estes, que não são proporcionados aos reclusos. Não existe sequer a ansiedade e possibilidade de ressocialização dos condenados, muito menos a diminuição da criminalidade, ao contrário, a pena privativa de liberdade possui um caráter diferente ao qual pretendia, evidenciando a agressividade dos reclusos.

Os estabelecimentos penais são considerados como “escolas do crime”, onde potencializam a criminalidade, devido o surgimento de facções criminosas e a convivência dos condenados primários com os de maior grau de periculosidade, estes são os efeitos negativos impostos aos apenados, onde impulsiona-se a delinquir frustrando qualquer finalidade da sanção penal e segurança da sociedade e ressocialização dos futuros egressos.

Além do descaso trazido pelo Estado, a visão da sociedade referente aos encarcerados também não ampara o objetivo das penas privativas de liberdade.

“Lugar de bandido é na cadeia” é a perspectiva da sociedade quanto aos condenados, frase esta muito utilizada nos dias atuais. A privação de liberdade não é a única pena imposta aos apenados, tendo em vista que a ressocialização não ocorre perante a sociedade, sendo praticamente impossível.

O escritor e médico Dráuzio Varella relata em seu livro, Os Carcereiros, no capítulo “Fábrica de Ladrões” o dia-a-dia dos indivíduos que trabalham na administração penitenciária, posto isto:

As fábricas de ladrões, traficantes, assassinos, estupradores e falsários jogam mais profissionais no mercado do que sonha a nossa vã pretensão de aprisiona-los.

[...]

Reduzir a população carcerária é imperativo urgente. Não cabe discutir se somos a favor ou contra: não existe alternativa. Empilhar homens em espaços cada vez mais exíguos não é mera questão de direitos humanos, é um perigo que ameaça a todos nós. Um dia eles voltarão para as ruas.

Levando em consideração o atual cenário do sistema carcerário brasileiro, a privação de liberdade exerce outra função da qual deveria ser seguida; onde retira os criminosos do convívio da sociedade por um determinado lapso temporal, garantindo uma falsa proteção a sociedade, porém, se esquece de que posteriormente, os condenados retornarão ao convívio social e muitas vezes com um índice de periculosidade até maior, do que quando ingressaram no sistema prisional.

Consoante Anabela Miranda Rodrigues (1982, p.29), o foco da privação de liberdade deveria ser a ressocialização:

[...] visa integrar o indivíduo no mundo dos seus concidadãos, sobretudo nas coletividades sociais básicas como, por exemplo, a família, a escola ou o trabalho, proporcionando o auxílio necessário que o faça ultrapassar a situação de defasamento social em que se encontra.

Conseqüentemente, para que as penas privativas de liberdade cumpram com sua finalidade, é necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana seja observado, somado a um conjunto de medidas, tanto de ações governamentais, como o amparo da própria sociedade, para que os egressos tenham a possibilidade de retornar a sociedade – adquirindo emprego, moradia, acesso à educação e saúde – e com isso, a realidade seria diferente, e a reincidência seria um horizonte distante.

Portanto, é possível concluir que a sanção penal, infelizmente, não desempenha seu objetivo, sendo que, de forma alguma, recupera os apenados ou os ressocializa ao convívio social, haja vista, que mantê-los preso é a maneira mais acessível, a manter a sociedade em segurança, melhor dizendo, é a abstração de que a sociedade está em segurança enquanto os condenados estiverem encarcerados.

6 CONCLUSÃO

Dado o exposto dos fatos mencionados, conclui-se que a sociedade tem a Constituição Federal como vértice, ou seja, estrutura-se por meio de direitos e deveres dispostos em seu texto constitucional.

O Controle de Constitucionalidade é o instrumento utilizado para manter a supremacia constitucional e supervisionar a conduta dos Poderes Públicos, caracterizado o Controle de Constitucionalidade, e julgado procedente, a norma passa ser inconstitucional.

A omissão inconstitucional, abordada no presente trabalho, sobrevém da conduta negativa dos Poderes Públicos, da inércia ou do agir de forma insatisfatória ou imperfeita, acarretando na inconstitucionalidade por omissão.

Os direitos fundamentais possuem validade universal, já que buscam garantir e assegurar a dignidade da pessoa humana, oferecer condições mínimas à sociedade.

A universalidade dos direitos fundamentais institui-se como forma de controle a atividade estatal, de maneira a garantir o cumprimento dos direitos fundamentais ordenados nas normas constitucionais e infraconstitucionais. Os direitos fundamentais possuem como uma das principais características o caráter absoluto, contudo, este atributo não efetiva, comprovando a deficiência ou insuficiência da tutela legislativa referente aos direitos fundamentais.

Assim, essa deficiência ou insuficiência mostra-se evidenciada nos estabelecimentos prisionais do estado brasileiro, em que os direitos fundamentais do preso são violados constantemente pelo Poder Público. É nítido o desrespeito à dignidade da pessoa humana do preso; a falta de assistência médica e jurídica; a superlotação; a péssima infraestrutura.

Ordenamento jurídico, Convenções e Tratados Internacionais discursam sobre os direitos fundamentais dos presos, no entanto, há uma complexidade do Estado em tutelar o sistema carcerário de acordo com determinados dispositivos legais.

Consoante à massiva e generalizada violação de direitos fundamentais desenvolveu-se a questão do Estado de Coisas Inconstitucional, o ECI, que possui o

intuito de sanar o problema de inconstitucionalidade praticado diante de sociedades vulneráveis em consequência da omissão e inércia do Poder Público.

Os pressupostos a serem analisados são três, e partir da constatação destes, pode-se falar em Estado de Coisas Inconstitucional: a) violação massiva e generalizada de direitos fundamentais afetando um amplo número de pessoas; b) a ausência de medidas administrativas, legislativas e orçamentárias gerando a violação de direitos; e por fim, c) a criação, modificação e monitoramento de políticas públicas, ou seja, os chamados remédios estruturais. O ativismo judicial, a atividade judicial proativa utilizando-se de ordens flexíveis pode ser uma das soluções para amenizar o Estado de Coisas Inconstitucional.

No Brasil, o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional pode ser mencionado em vários âmbitos: saúde pública, violência, sistema de ensino das escolas públicas, saneamento básico, e o principal, o sistema carcerário brasileiro.

Os estabelecimentos prisionais brasileiros são considerados verdadeiros infernos, os direitos fundamentais violados são abundantes: escassez de água potável, comidas intragáveis, falta de vestuário e materiais de higiene, doenças infectocontagiosas, superlotação nas celas, altas temperaturas, entre outros, que já foram citados anteriormente.

Diante da reiterada violação aos direitos humanos do preso em diversas unidades prisionais do Estado, ajuizou-se uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 347, com o objetivo de reparar lesão aos direitos dos reclusos em face da omissão e inércia do Poder Público.

No decorrer do trabalho, foram suscitadas variadas questões em que o sistema carcerário brasileiro possa ser caracterizado como um Estado de Coisas Inconstitucional.

Além das questões que demonstram o Estado de Coisas Inconstitucional, medidas também foram expostas a fim de solucionar esse problema, como: adoção de penas alternativas, construção e reforma de unidades prisionais; implementação e modificação de políticas públicas; audiências públicas periódicas por meio de diálogo com a participação das autoridades públicas e sociedade.

Por todas as situações elucidadas, conclui-se que o Estado de Coisas Inconstitucional se perfaz no sistema carcerário brasileiro, todavia, os Poderes

Públicos não podem omitir-se, isto é, por meio dos dispositivos legais existentes e as medidas efetivas suscitadas, o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser controlado, ao menos, minimizado. Um grande desafio, demasiadamente enorme, porém coerente com o problema que atinge o Estado e a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gevan de. **O Crime nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo N° 254, 2010. (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público).

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**, 4 de maio de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Disponível em: <https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/discurso-ricardo-lewandowski-durante.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

CPI do sistema carcerário – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p.618 Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5>. Acesso em: 04 set. 2016.

DAMACENO, Rafael. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro.** Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n.39, p.74-78, 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero39/artigo09.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

Entidades Públicas do Rio Grande do Sul. **Representação contra violação dos direitos humanos no presídio central de Porto Alegre (PCPA).** Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2013/05/representacao_oea.pdf>. Acesso em: 18 out. 2016.

GOTTEMS, Claudinei J. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Direitos fundamentais da normatização à efetividade nos 20 anos de constituição brasileira.** São Paulo: Editora Boreal. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e sociedade: as masmorras medievais e o supremo.** Jota, 6 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>>. Acesso em: 21 set. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Estudos contemporâneos de direitos humanos.** 1.ed. São Paulo: Editora Boreal. 2013.

VARELLA, Dráuzio. **Carcereiros.** 1ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2012.

ZAVASCKI, Teori. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.