

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

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA INCIDÊNCIA NO SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Caio César Carrer Neves

Presidente Prudente/SP

2018

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

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA INCIDÊNCIA NO SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Caio César Carrer Neves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação da Prof.^a Fernanda de Matos Lima Madrid

Presidente Prudente/SP

2018

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA INCIDÊNCIA NO SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do título de
Especialista em Direito Penal e Direito
Processual Penal

Fernanda de Matos Lima Madrid

Orientadora

Paulo Henrique Adomaitis

Examinador 1

Rodrigo Lemos Arteiro

Examinador 2

Presidente Prudente, 16 de março de 2018.

“Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”.

José Saramago

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais e irmão, que são a minha base e meu sustento.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao meu orientador, Professora Fernanda de Matos Lima Madrid, pelo exemplo de dedicação e motivação em ministrar o Direito Processual Penal com paciência, sabedoria e paixão pela ciência. Tais predicados, atrelados à sua atuação como advogada, militante na seara da Execução Penal, tornaram-na uma orientadora modelo, fazendo com que a realização deste fosse plenamente possível.

Desejo as melhores estimas também a todos os demais professores do curso da pós-graduação, que foram essenciais no esclarecimento e aprofundamento dos temas mais atuais do Direito Penal e Processual Penal – tornando prazerosas inclusive as aulas ministradas nas longas manhãs de sábado.

Agradeço, por fim, a todos as demais pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram de diferentes maneiras para a concretização desta pesquisa, tornando realidade a conclusão de mais uma importante vitória em minha carreira acadêmica.

A todos, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho, de uma maneira crítica, aborda o estudo acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, que teve seu berço internacionalmente, mas já foi expressamente reconhecido pela Suprema Corte brasileira. Busca-se analisar, especificamente, a crise atualmente enfrentada pelo sistema carcerário de nosso país, que acaba por gerar gravíssimas violações em massa a direitos fundamentais constitucionalmente garantidos a todos, inclusive aos que se encontram reclusos e sob a tutela estatal. Para se chegar ao tema principal, este trabalho preocupou-se em abordar diversos temas envolvidos, como a evolução constitucionalista, os mecanismos de controle de constitucionalidade e as teorias da pena, com todas as suas finalidades, fundamentos e princípios. Por fim, esta singela pesquisa penal ofertou algumas soluções concretamente possíveis em nosso atual estágio político, econômico e social, a fim de se amenizar parte dos problemas enfrentados pelos presídios brasileiros e por toda a sistemática da execução penal. A finalidade deste trabalho é trazer à baila a importância da efetividade dos direitos fundamentais historicamente conquistados e, com ela, a essencialidade do empenho de todas as esferas e de todos os órgãos do Poder Público em possibilitar essa efetividade.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Direito Penal. Execução Penal. Sistema Penitenciário Brasileiro. Poder Público. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present work, in a critical way, approaches the study on the State of Things Unconstitutional, which had its cradle internationally, but was already expressly recognized by the Brazilian Supreme Court. It seeks to analyze, specifically, the crisis currently faced by the prison system of our country, which ends up generating extremely massive violations of fundamental rights constitutionally guaranteed to all, including those who are prisoners and under state tutelage. In order to arrive at the main theme, this work was concerned with addressing several issues involved, such as constitutionalist evolution, mechanisms for controlling constitutionality and theories of punishment, with all its purposes, foundations and principles. Finally, this simple criminal investigation offered some concrete solutions possible in our current political, economic and social stage, in order to alleviate some of the problems faced by Brazilian prisons and by the whole system of criminal execution. The purpose of this work is to bring to light the importance of the effectiveness of the fundamental rights historically conquered, and with it, the essentiality of the commitment of all spheres and of all the organs of the Public Power in enabling this effectiveness.

Keywords: State of Things Unconstitutional. Criminal Law. Penal Execution. Brazilian Penitentiary System. Public Power. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	14
2.1 Contitucionalismo.....	14
2.2 Conceito de Controle deConstitucionalidade.....	17
2.3 Sistemas que influenciaram o controle de constitucionalidade no Brasil.....	19
2.4 Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	21
2.5 Panorama Geral do Controle de Constitucionalidade Brasileiro.....	24
2.5.1 Modalidade Preventiva de Controle de Constitucionalidade.....	26
2.5.2 Modalidade Repressiva de Controle de Constitucionalidade.....	27
3 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DEFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
3.1 Omissão Inconstitucional: A Origem.....	33
3.2 A Concepção inicial sobre a Omissão Inconstitucional no Brasil.....	36
3.3 Tutela Deficiente dos Direitos e Garantias Fundamentais.....	40
4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	44
4.1 Conceito de “Estado de Coisas Inconstitucional”.....	44
4.2 Sistemas Estruturais: A Origem do Estado de Coisas Inconstitucional.....	48
4.3 Fundamentos e Efeitos do Estado de Coisas Inconstitucional.....	52
4.4 Críticas ao Comportamento Proativo do Judiciário.....	55
5 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: A ORIGEM DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	58
5.1 Evolução Histórica das Penas.....	60
5.2 Estudo do Direito Penal: Escolas Penais.....	66
5.3 Das Finalidades Das Penas.....	69
5.4 Princípios Aplicáveis as Penas.....	71
5.5 Pena Privativa de Liberdade no Brasil: O Surgimento do Sistema Penitenciário Atual.....	73

6 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PRESENTE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	77
6.1 O Sistema Penitenciário Brasileiro na Teoria.....	77
6.2 O Sistema Penitenciário Brasileiro na Prática.....	81
6.3 O Estado de Coisas Inconstitucional e a Realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro.....	90
6.4 Algumas Medidas Palpáveis para Amenizar a Problemática Carcerária.....	93
7 CONCLUSÃO.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	104

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico preocupou-se em tratar acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, uma teoria que vem sendo recorrentemente levantada dentro do universo jurídico penal da atualidade e, especialmente, seus reflexos junto ao sistema penitenciário brasileiro.

Mas, antes de adentrar ao estudo específico do tema central, foi necessária a análise de temas envoltos e que possibilitariam o aprofundamento do tema de forma consistente e precisa.

Em primeiro lugar, tratou-se acerca do constitucionalismo e da essencialidade que a Carta Magna representa para o Estado e sua coletividade. O estudo acerca da evolução constitucionalista mostrou-se de suma importância para compreender toda a gama de direitos historicamente conquistada, bem como o papel do Estado perante tais garantias.

Em seguida, foi realizada uma singela explanação acerca da sistemática de controle de constitucionalidade realizada no Brasil, tendo em vista que é exatamente este mecanismo de controle que garante a imperatividade do texto constitucional. Tratou-se dos sistemas que, historicamente, influenciaram o controle de constitucionalidade brasileiro atual, quais sejam: sistema de controle difuso e sistema de controle concentrado.

Seguiu-se, então, o estudo da evolução histórica brasileira do controle de constitucionalidade, acompanhado de um panorama geral atual da referida sistemática, com todas as inovações trazidas pela atual Constituição, que abrangem a possibilidade do controle de constitucionalidade estadual, a ampliação do rol de legitimados para o controle concentrado federal, a introdução da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a possibilidade de controle, também, das omissões legislativas.

Tratou-se, de forma apartada, das modalidades preventivas e repressivas de controle de constitucionalidade e, toda essa análise, singela, mas

suficiente para o fim a que destina o presente trabalho científico, mostrou-se necessária a fim de destacar a importância do respeito às normas constitucionais perante graves violações que, hoje, são presenciadas especialmente e principalmente dentro do Direito Penal e Processual Penal.

O próximo tema cuja análise se mostrou necessária foi a omissão inconstitucional (aquela mesma que é repreendida pelo controle de constitucionalidade trazido pela Constituição Federal) e a proteção deficiente dos direitos fundamentais pelo Estado, tendo em vista que estas são as reais causas que levam ao Estado de Coisas Inconstitucional.

A fim de demonstrar quanto o Poder Judiciário e o Poder Legislativo têm sido omissos e passivos diante de graves omissões legislativas, foram apresentados casos concretos por meio de julgados, os quais apenas comprovam a ausência de regulamentação e, principalmente, de fiscalização por parte do Poder Público sobre as normas de eficácia plena e contida constantes do nosso texto constitucional.

Frisou-se pela importância da regulamentação legislativa para que os direitos e garantias fundamentais possam ser efetivamente exercidos e usufruídos pelos cidadãos, bem como para que haja a devida cobrança dos órgãos públicos responsáveis por eventual prestação deficiente de tais direitos e garantias.

Finalmente, adentrou-se ao tema central do presente trabalho: a apresentação do que vem a ser o Estado de Coisas Inconstitucional. Resumidamente, conceituou-se o Estado de Coisas Inconstitucional com base em conceitos trazidos pela própria doutrina, que o define como a postura ativa do Poder Judiciário, determinando medidas estruturais aos demais órgãos do Poder Público, a fim de se combater as imensas violações aos direitos e garantias trazidos constitucionalmente aos cidadãos.

Para explicitar a origem da expressão “Estado de Coisas Inconstitucional”, foram trazidas as sentenças estruturais da Colômbia, que eram as decisões prolatadas em demandas ajuizadas por um grande número de pessoas contra o mau funcionamento do Poder Público – decisões estas que fizeram com que os juízes passassem a ter uma postura ativa diante da falta de interação entre os demais Poderes.

Foram trazidos, também, os fundamentos e os efeitos do Estado de Coisas Inconstitucional, a fim de se demonstrar que referida teoria não é uma simples tese para que o Poder Judiciário interfira na esfera dos demais Poderes. Elencou-se os fundamentos filosófico e teórico, bem como efeitos diretos e indiretos da aplicação de tal postura frente às violações massivas aos direitos fundamentais.

Não obstante os efeitos positivos trazidos não apenas para os litigantes das demandas em massa contra o Poder Público, mas para toda a sociedade, aqueles Poderes atacados por tais demandas questionaram e criticaram a legitimidade das sentenças estruturais que originaram o Estado de Coisas Inconstitucional, e tais críticas também foram objeto de estudo por esta pesquisa. Críticas como a de que os juízes não possuem conhecimento suficiente em termos de políticas públicas, ou de que não possuem legitimidade democrática para determiná-las, por exemplo, foram devidamente explicitadas.

Com a finalidade de adentrar ao tema mais específico deste trabalho, foi explanada a necessidade de aplicação de penas para o indivíduo que, ao viver em sociedade e abdicar de parcela de sua liberdade e autonomia, decide por violar as regras coletivamente impostas e infringir direitos alheios. Para isso, fez-se um breve histórico acerca da evolução do sistema punitivo, com destaque para as escolas penais.

Tema de extrema relevância tratado logo a seguir, foi o da finalidade das penas e dos princípios a elas aplicados. Em seguida, tratou-se da evolução do sistema penitenciário brasileiro, caminho necessário a se percorrer para que cheguemos ao dilema a ser tratado nesta pesquisa.

Por derradeiro, foi realizado um paralelo entre o sistema penitenciário e a legislação que o envolve na teoria, no mundo ideal, como deveria ser, e o sistema penitenciário como de fato é. Isso porque, a legislação penal brasileira, desde a persecução penal até a fase executória, é ampla, técnica, completa e pautada nos direitos fundamentais abarcados constitucionalmente. Porém, todos os problemas, especialmente políticos, que assolam o país, cumulados com várias outras questões jurídicas e sociais, devidamente explanadas neste trabalho, fazem com que a lei fique apenas na teoria, e que o sistema penitenciário brasileiro se torne uma verdadeira

definição de violação em massa aos direitos humanos e fundamentais daqueles que se encontram sob a custódia estatal.

E para finalizar, foram apresentadas possíveis soluções a fim de se amenizar a crise sofrida, hoje, pelo sistema penitenciário. Soluções estas que são resultado de todo o estudo desenvolvido ao longo desta monografia, quais sejam: o ativismo judicial resultante de sentenças estruturais, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a justiça restaurativa e, por fim, a monitoração eletrônica.

Durante toda a pesquisa realizada, foi feito o uso de doutrinas, jurisprudências, fatos concretos, estatísticas, utilizando-se, para isso, do método dedutivo de argumentação.

Dê-se início, então, ao real estudo do tema.

2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Antes de adentrarmos propriamente ao estudo do Estado de Coisas Inconstitucional e de seus reflexos no sistema penitenciário brasileiro, devemos compreender alguns temas importantes, que só serão alcançados depois de conhecidos aspectos históricos, conceitos e peculiaridades.

2.1 Constitucionalismo

Por primeiro, necessário se faz compreender o papel que a Constituição Federal tem perante o Estado e a sociedade aos quais se aplica.

Pois bem, o Constitucionalismo é um movimento que dá ênfase ao sistema normativo previsto na Constituição, colocando-a acima até mesmo das pessoas responsáveis por conduzir a nação, através da limitação de seus poderes e, conseqüentemente, inviabilizando abusos e exageros que os governantes possam vir a cometer.

O constitucionalismo acompanhou o desenvolvimento político e social, tendo por berço o povo hebreu, organizado politicamente no regime teocrático, onde as pessoas que possuíam o poder encontravam limitação nas leis do Senhor, sendo responsabilidade dos profetas fiscalizar os governantes. Além do povo hebreu, o constitucionalismo antigo é marcado pelas cidades-estados gregas, caracterizada pela efetiva participação dos cidadãos nas decisões de cunho político, foi um modelo de democracia direta (LENZA, 2016, p. 65).

Avançando a Idade Média, o ponto de referência do constitucionalismo está na elaboração da Magna Carta inglesa (1215), marcada pela limitação legal do poder monárquico e também pelo início da proteção dos direitos individuais (LENZA, 2016, p. 65).

Já na Idade Moderna, o constitucionalismo avançava a passos mais significativos, tendo como referência a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights*(1689), além dos chamados “forais ou cartas de franquia”,

todos eles foram documentos que buscavam proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, na medida em que limitaram a intervenção estatal no âmbito privado, conferindo maior liberdade ao cidadão (LENZA, 2016, p. 65/66).

O constitucionalismo moderno, marcado pela elaboração de Constituições escritas, até então não vistas no período antigo, tem como principais referências a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, bem como a Constituição da França datada de 1791, mantendo, a princípio, o pensamento liberal, na medida em que pregava valores como a liberdade e o direito de proteção à propriedade privada (LENZA, 2016, p. 66/67).

Em meados do século XX, o pensamento liberal começa a ser ofuscado pelo pensamento social. O Estado, que até então havia aceitado manter-se distante da população, respeitando os pensamentos liberais, passa a ser figura necessária para combater as injustiças provocadas pela corrida econômica derivada da explosão capitalista.

A sociedade abandona a ideia absoluta de liberdade para tentar encontrar equilíbrio no pensamento de igualdade, pleiteando junto ao Estado prestações, na tentativa de diminuir o abismo entre as classes sociais.

Por fim, tem-se o neoconstitucionalismo, ou também conhecido por “constitucionalismo contemporâneo”, que nasce após a Segunda Grande Guerra, com intuito de combater às atrocidades perpetradas pelos regimes totalitários nazista e fascista, utilizando-se, para tanto do fundamento da dignidade da pessoa humana, que tornou-se o principal argumento de organização do Estado (LENZA, 2016, p. 67/68).

O neoconstitucionalismo teve três marcos fundamentais, a saber: a transformação do Estado Legislativo de Direito em Estado Constitucional de Direito, face a importância dada aos direitos e garantias assegurados pela Constituição, que acabaram por elevá-la para outro patamar, superando em importância todas as demais leis vigentes; o marco filosófico, que aproximou o Direito da Ética e lutou pela concretização dos direitos e garantias mínimos de existência dos indivíduos; finalmente, o marco teórico, cuja principal característica é o reconhecimento da nova força normativa da Constituição, que passou a servir de parâmetro para leis agora

inferiores a ela, bem como tornou-se mais efetivamente aplicada na realidade social (LENZA, 2016, p. 72/74).

Atualmente, nos dizeres de Marcelo Novelino, a Constituição Federal tornou-se o centro do arcabouço legislativo da nação, devendo, portanto, ser encarada como “(...) o conjunto sistematizado de normas originárias e estruturantes do Estado cujo objeto nuclear são os direitos fundamentais, a estruturação do Estado e a organização dos poderes.” (2016, p. 87).

A definição suso descrita revela a importância que a Constituição Federal representa no desenvolvimento de um Estado democrático.

Isso porque, existiu uma compactação de normas jurídicas estrategicamente distribuída no corpo do estatuto supremo, revelando não só a forma como o Estado pretende organizar e estruturar os seus Poderes, mas também quais são os direitos e garantias considerados fundamentais, que devem ser protegidos e também proporcionados aos cidadãos.

Essa miscigenação de elementos estatais e sociais deixa evidente que as normas constitucionais são muito mais do que apenas e tão somente uma decisão de cunho exclusivamente político, como consta da definição do estudioso Carl Schmitt (LENZA, 2016, p. 83).

Ao contrário, a Carta Suprema abrange também uma conotação sociológica, preceituada pelo estudioso Ferdinand Lassalle, que tem em seu núcleo sistematizado a incorporação de um conteúdo que salvaguarda valores sociais, capazes de moldar o comportamento dos cidadãos para que sejam capazes de conviver em sociedade de modo respeitoso e prazeroso (LENZA, 2016, p. 83).

Além disso, o conteúdo normativo-constitucional deve ser visto também, como paradigma para a validade de todo o ordenamento jurídico decorrente, adotando um sentido jurídico de Hans Kelsen. Ou seja, do ponto de vista jurídico de Kelsen, todas as normas criadas pelo legislador, sejam elas para organização e atuação estatal, ou simplesmente para a regulação do comportamento social, deverão obedecer às diretrizes estabelecidas no Estatuto Supremo, pois é nele que estão previstos os pilares fundamentais do Estado (LENZA, 2016, p. 85-86).

Nota-se, pois, que o desenvolvimento do Estado e de sua população passa por uma graduação normativa, onde a Constituição Federal ocupa o grau mais

elevado e, a partir dela, são produzidas todas as demais normas jurídicas que disciplinam a estrutura e a competência dos Poderes e órgãos públicos, juntamente com a regulação das prerrogativas e sujeições voltadas aos particulares e suas relações diárias em sociedade.

A Constituição Federal de 1988 é a Carta Suprema que rege, atualmente, a República Federativa do Brasil e sua sociedade, tendo como característica o fato de ser escrita; elaborada de forma democrática através de uma Assembléia Nacional Constituinte; dogmática, ao apontar concepções de estrutura e valores preconcebidos; analítica por abarcar temas variados como a estrutura do Estado, direitos e deveres sociais; além de ser rígida, diante da necessidade de procedimento específico para sua alteração (LENZA, 2016, pg. 99-105).

Percebe-se, pois, que o constitucionalismo foi um processo evolutivo pautado no desenvolvimento social, e busca, ainda hoje, garantir os direitos e garantias do cidadão, não só conferindo-lhe direitos e obrigações, mas também atribuindo ao Estado participação ativa, porém equilibrada, necessárias ao convívio harmônico e respeitoso entre os cidadãos.

2.2 Conceito De Controle De Constitucionalidade

Com o fim de fazer valer, de fato, o respeito e a imperatividade constitucional, tornou-se necessário que o Estado desenvolvesse um mecanismo de controle para avaliar e permitir a criação e consequente implementação de atos legislativos, normativos e/ou administrativos que sejam condizentes com as diretrizes e regras orientadoras do conjunto normativo supremo.

Nas palavras do nobre jurista Pedro Lenza (2016, p. 281):

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

Analisando o trecho acima mencionado, percebe-se, claramente, que a Constituição Federal tornou-se a “pedra fundamental” na organização estatal e na preservação de direitos e garantias da sociedade. Além disso, tornou-se referência para todas as demais leis e atos normativos que emanam dos órgãos e poderes públicos.

Diante de sua magnitude, a Constituição Federal adotou, como uma de suas características fundamentais, a rigidez. Isso significa que seus dispositivos normativos não podem ser alterados com facilidade, necessitando de um procedimento solene e bastante específico, conforme previsto no artigo 60 da Magna Carta.

Esse procedimento peculiar de alteração tem a função de preservar a segurança jurídica no exercício das prerrogativas e sujeições impostas à atividade estatal, bem como nas relações diárias entre particulares.

Surge, assim, o controle de constitucionalidade. Verdadeiro mecanismo de controle utilizado para fiscalizar o exercício das funções típicas e atípicas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois permite que sejam analisados tanto os aspectos formais, quanto materiais, comparando-os com os preceitos adotados pelo conteúdo constitucional.

Assim, se o exercício de qualquer destes Poderes for contrário às diretrizes da Carta Magna, ter-se-á uma violação direta à Norma Suprema, não havendo outra solução senão torná-lo inválido, preservando, assim, a supremacia constitucional.

2.3 Os Sistemas Que Influenciaram O Controle de Constitucionalidade No Brasil

Atualmente, no Brasil, é possível observar um sistema evoluído de controle de constitucionalidade das normas jurídicas, que é dotada de uma atuação mista, na medida em que reconhece tanto a modalidade difusa, proveniente do sistema norte-americano, quanto a concentrada oriunda do sistema austríaco (LENZA, 2016, p. 286-288).

Porém, até que se chegasse a esta combinação de modelos, um longo caminho foi percorrido, com modificações paulatinas percebidas entre as diversas constituições que se seguiram pela história do país. É o que se passa a estudar.

O primeiro sistema a influenciar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no Brasil foi o sistema de controle difuso, que surgiu nos Estados Unidos e teve como precedente áureo o caso *Marbury v. Madison*, em meados de 1803 e, nas palavras do doutrinador Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 194):

Seu veredito sempre deve ser lembrado, porque consagrou o princípio da supremacia da constituição e a competência do Poder Judiciário para invalidar atos que a contravenham. Numa palavra, mostrou que o juiz é o interprete último da carta magna.

Todavia, o próprio doutrinador Uadi Lammêgo Bulos ressaltou que o caso *Marbury v. Madison*, de 1803, não foi a origem do controle de constitucionalidade difuso nos Estados Unidos, sendo apenas o resultado de anos de luta entre homens e instituições que buscavam assegurar direitos e garantias mínimas aos cidadãos, a respeito veja-se (2015, p. 193):

Antes disso, contudo, a Justiça do Estado de New Jersey, nos idos de 1780, já havia declarado que leis contrárias a constituição reputavam-se nulas. Em 1782, um grupo de juizes da Virgínia declararam, em seus veredictos, que leis inconstitucionais afiguravam-se nulas. No ano de 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da Confederação.

Analisando os três casos americanos, é possível observar algumas das características marcantes do controle difuso, como a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal apreciar e reconhecer a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, que podia ser alegada por qualquer das partes como matéria de exceção ou defesa em casos concretos (BULOS, 2015, p. 195).

Outra característica relevante do sistema norte-americano é a adoção da natureza jurídica declaratória para as decisões de inconstitucionalidade, haja vista que o vício da lei ou ato normativo decorrente é considerado como preexistente e insanável, ou seja, nulo de pleno direito. O fato de o vício ser considerado congênito, não deixa outra alternativa ao controle difuso senão aplicar a decisão de inconstitucionalidade os efeitos retroativos “*ex tunc*” para expurgá-lo do ordenamento jurídico desde o seu nascimento. Tal efeito atinge diretamente o plano de validade da lei ou ato normativo e impede que ele produza qualquer efeito, sendo considerado ilegítimo e carente de força vinculativa (LENZA, 2016, p. 282).

Em contrapartida, na contramão de direção, há o sistema austríaco, que surge com a modalidade concentrada no controle de constitucionalidade das normas, em meados de 1920, eis que, nas lições de Uadi Lammêgo Bulos “Aliás, a Carta austríaca de 1920, por influência de Hans Kelsen, foi a primeira carta do mundo a consagrar um Tribunal Constitucional, no que foi seguida pela Carta da Espanha em 1931.” (2015, p. 195).

Com ideias inovadoras, o sistema austríaco influenciou de forma determinante ordenamentos jurídicos de diversos países.

Pode-se apontar que o controle de constitucionalidade era exercido de forma concentrada e por um órgão de cúpula do Judiciário, a saber o Tribunal Constitucional. Além disso, o sistema austríaco possuía caráter predominantemente normativista, que impedia não só a aplicação princípios jusnaturalistas, como também de juízos de valores na solução de casos (BULOS, 2015, p. 195-196).

O controle concentrado, diferentemente do controle difuso, era produzido em processos cujo tema central da discussão eram as próprias questões constitucionais. As decisões da Corte Constitucional não eram dotadas de retroatividade, tendo em vista que as normas jurídicas produziam seus efeitos até que as decisões que as reconheciam inconstitucionais fossem publicada, incidindo, assim, o efeito “*ex nunc*” (LENZA, 2016, p. 283).

Pois bem, analisando a atual Constituição Federal Brasileira, observamos a presença dos dois sistemas de controle, na medida em que a Cláusula de Reserva de Plenário, prevista no artigo 97 é um exemplo típico de controle difuso oriundo do sistema norte americano; enquanto que o artigo 103, refere-se às Ações

Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade é um exemplar do controle concentrado proveniente do sistema austríaco.

No entanto, conforme anteriormente mencionado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade evoluiu paulatinamente, galgando conquistas com as Constituições que vigoraram uma após a outra. Isso porque, nenhuma alteração ou evolução no mundo jurídico se dá de forma repentina ou despreziosa, ao contrário, resultam do processo evolutivo decorrentes dos acontecimentos sociais, conforme se verá adiante.

2.4 A Evolução Do Controle De Constitucionalidade No Brasil

Como visto, o controle de constitucionalidade no Brasil sofreu influência de dois sistemas distintos, que foram adotados em épocas diferentes e miscigenados gradativamente, levando em consideração os reflexos políticos e sociais que caracterizaram o processo evolutivo do Estado Brasileiro. A respeito, veja-se.

Na Constituição Imperial de 1824, não existiu nenhuma previsão expressa que regulamentasse o controle de constitucionalidade. Isso porque, sob influência do direito francês e inglês, adotou-se o dogma da Soberania do Parlamento, segundo o qual era tarefa exclusiva do Legislativo criar as leis e trazer à tona o verdadeiro sentido dos dispositivos normativos por ele criados, não podendo nenhum outro Poder fazer interpretações sobre o mesmo tema (LENZA, 2016, p. 282).

Além da Soberania do Parlamento, a Constituição Imperial de 1824 trazia a onipresença do Imperador, que por meio de seu poder Moderador, buscava manter, nos termos do artigo 98, “a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais Poderes” (LENZA, 2016, p. 288).

Por sua vez, a Constituição Republicana de 1891 foi a pioneira em regulamentar o controle de constitucionalidade de forma expressa. Sob influência do sistema difuso norte-americano, o Codex brasileiro possibilitou que juízes e tribunais, observadas as regras de competência judiciária, apreciassem e decidissem sobre

questões constitucionais como sendo prejudiciais de méritos alegadas como matéria de exceção ou defesa (LENZA, 2016, p. 289).

Já a Constituição de 1934, manteve como base o controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Republicana de 1891, mas introduziu algumas inovações consideráveis, como por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, além da Cláusula de Reserva de Plenário. Além disso, a Constituição de 1934 incumbiu ao Senado Federal a tarefa de suspender a execução de leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, bem como atribuir-lhes eficácia *erga omnes*. (LENZA, 2016, p. 289)

Veja-se que, conforme já frisado, a evolução do modelo social impõe a inevitável mudança e evolução do modelo jurídico do país, gerando a necessidade de controle entre os atos emitidos pelos diferentes Poderes a fim de fazer valer a ordem constitucional, tudo em defesa dos direitos e garantias fundamentais conferidos aos cidadãos que, como se verá mais adiante, será ponto de altíssima relevância para o desenvolvimento do raciocínio trazido neste trabalho.

Pouco tempo depois, em 1937, surge a Constituição “Polaca”, que embora tenha mantido o sistema de controle de constitucionalidade difuso e a Cláusula de Reserva de Plenário, representou para a história um período de anacronismo, pois permitia a cassação das decisões judiciais pelo poder Executivo, que inconformado com a declaração de inconstitucionalidade das leis pelo Judiciário, submetia os r. decretos à reanálise no Parlamento. Assim, se em cada uma das Casas Legislativas, atingisse o quórum de 2/3 de votos favoráveis a validade da lei outrora declarada inconstitucional pelo Judiciário, esta tornaria a valer em seus ulteriores termos, deixando claro o enfraquecimento do Poder Judiciário em contrapartida ao fortalecimento do Poder Executivo (LENZA, 2016, p. 290).

O período de involução de nossa sociedade gerou, por conseqüência, o retrocesso no sistema jurídico.

A Constituição de 1946 foi marcada pelo desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, pois, resgatou aspectos importantes da Constituição de 1934, como por exemplo a Cláusula de Reserva de Plenário e a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, bem como atribuir-lhes eficácia *erga*

omnes. Ademais, inovou quando permitiu o controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, além de possibilitar o controle de constitucionalidade concentrado em âmbito estadual, tendo como paradigma a Constituição Estadual em relação às leis e atos normativos municipais, nos processos de competência originária dos Tribunais de Justiça (BULOS, 2015, p. 203).

Como se nota, começa a ocorrer uma maior especificidade no controle de constitucionalidade brasileiro.

Já a Constituição de 1967 manteve o controle difuso e abstrato nos mesmos moldes definidos pela Constituição de 1946, porém, inovou no que tange a Representação Interventiva criada pela Constituição de 1934 e até então atribuída como tarefa exclusiva do Procurador Geral da República pela Constituição de 1946, permitindo que ela pudesse abranger questões envolvendo a execução de leis federais e a guarda dos chamados princípios sensíveis. Além disso, manteve a possibilidade de constitucionalidade concentrado em âmbito estadual, tendo como paradigma a Constituição Estadual em relação às leis e atos normativos municipais (BULOS, 2016, p. 283).

Vigente até os dias atuais, a Constituição de 1988 trouxe 4 (quatro) grandes inovações que tornaram o controle de constitucionalidade brasileiro extremamente prestigiado por juristas de outros países. Por primeiro, em âmbito estadual, o controle de constitucionalidade que tem como paradigma a Constituição Estadual, analisa a compatibilidade de leis e atos normativos estaduais e municipais por meio da interposição de ações por um rol de legitimados fixado em cada Estado da Federação, sendo vedado apenas e tão somente que a competência recaia sobre um único legitimado (LENZA, 2016, p. 291).

Já no âmbito federal, a Constituição de 1988, acertadamente ampliou o rol de legitimados para propositura de ações cujo assunto principal é a matéria constitucional, conforme exposto no artigo 103, § 2º; além disso, introduziu o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nos termos do parágrafo único do seu artigo 102 e, finalmente, criou a possibilidade de controle de omissões legislativas, tanto pelo sistema concentrado com as Ações Declaratórias de Omissão, previstas no artigo 103, § 2º da Constituição Federal, quanto pela via difusa através da ação constitucional denominada Mandado de Injunção, prevista no artigo 5º, inciso LXXI, do mesmo *Codex* (LENZA, 2016, p. 291).

O estudo do controle de constitucionalidade das omissões legislativas, desenvolvido por meio das Ações Declaratórias de Omissão e da ação constitucional denominada Mandado de Injunção, é de fundamental importância para o reconhecimento do instituto chamado de Estado de Coisas Inconstitucional, tema central deste trabalho, que começará a ser desenvolvido no próximo capítulo deste trabalho.

2.5 Panorama Geral Do Controle De Constitucionalidade Brasileiro

Conforme anteriormente mencionado, o mecanismo de controle de constitucionalidade brasileiro tornou-se referência para os demais países, não só pela variedade de instrumentos reconhecidamente aptos à realiza-lo, mas também pela pluralidades de Poderes capazes de fazê-lo e em diferentes momentos.

O mecanismo de controle analisa aspectos formais (inconstitucionalidade formal – nomodinâmica), buscando vícios que podem ser de natureza orgânica (vícios decorrente da não observância de competência legislativa) ou propriamente dita (vícios no processamento da lei ou ato). Além dos aspectos formais, o mecanismo de controle analisa também os aspectos materiais (inconstitucionalidade matéria – nomoestática), buscando desvendar se o conteúdo da lei ou ato está em perfeita harmonia com a essência do conteúdo constitucional, abrangido não só pelos dispositivos normativos expressos, mas também pelos chamados princípios constitucionais, dando origem ao chamado “Bloco de Constitucionalidade” (LENZA, 2016, p. 292-293).

Este “Bloco de Constitucionalidade, como visto, amplia o paradigma de controle de constitucionalidade, que passa a não mais se limitar apenas e tão somente aos princípios e regras expressos na Carta Magna.

Nas palavras de Marcelo Novelino (2016, p.160):

Em razão da pluralidade de acepções de constituição, a abrangência material do bloco de constitucionalidade pode variar conforme o significado atribuído.

Em sentido estrito, compreende a totalidade de normas constitucionais, expressas ou implícitas, constantes da constituição formal. Corresponde, portanto, ao conceito de parâmetro (ou “norma de referência”) do controle de constitucionalidade. Em sentido amplo abrange, além das normas formalmente constitucionais, as apenas materialmente constitucionais – e.g., normas de direitos humanos compreendidas no Pacto de São José da Costa Rica -, além de outras que, embora situadas abaixo da constituição, são “vencionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental.

Aparentemente, a jurisprudência começa a refletir sobre o tema, conforme se verifica em trechos extraídos do julgado proferido prolatado no Egrégio Supremo Tribunal Federal, que assim disciplina:

(...) A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. (...) No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657). (.....)” (STF - ADI: 595 ES, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 18/02/2002, Data de Publicação: DJ 26/02/2002 PP-00021 RTJ VOL-00200-02 PP-01019)

Percebe-se que a tendência do controle de constitucionalidade é ter seu paradigma estendido, extraído-se da Carta Magna não só o “minimalismo conceitual” das normas e princípios positivados, mas também a verdadeira essência que esses dispositivos vertem para a aplicação efetiva dos princípios e regras estabelecidos.

Assim, podemos extrair daí a importância da norma jurídica enquanto princípio, e não apenas enquanto regra, posto que todas elas passam a exercer não só importância precípua na análise da constitucionalidade das leis ou atos, mas também papel fundamental na análise do Estado de Coisas Inconstitucional.

2.5.1 Modalidade preventiva de controle de constitucionalidade

Por primeiro, faz-se necessário adentrar ao estudo da modalidade preventiva de controle de constitucionalidade, sendo que é justamente por meio dela que se pode impedir que normas violadoras de direitos humanos cheguem a ser sancionadas.

O controle de constitucionalidade na modalidade preventiva, é aquele aplicado no processo de criação da lei ou ato normativo e, de acordo com a melhor doutrina, pode ser exercido atualmente pelos três Poderes (LENZA, 2016, p. 300).

Pelo poder Legislativo, o mecanismo se desenvolve em dois momentos distintos: por primeiro, nas Câmaras de Constituição e Justiça e Cidadania de cada uma das Casas Legislativas que analisam os aspectos formais e materiais da lei ou ato normativo ainda em sua fase de concepção. Superada essa fase, o projeto segue ao Plenário de cada uma das Casas, onde é submetido à votação por seus membros (LENZA, 2016, p. 300-301).

A lei ou ato ainda em fase de concepção é encaminhado pelo poder Legislativo ao poder Executivo que, por iniciativa de seu Chefe, poderá vetá-lo se entendê-lo como inconstitucional ou contrário ao interesse público, conforme previsto no artigo 66, § 1º, da Constituição Federal. Impende ressaltar todavia, que este veto poderá ser superado pelo poder Legislativo, através de sessão conjunta e com quórum de maioria absoluta, obtido em votação ostensiva, entenda que a decisão do chefe do Executivo seja equivocada, nos termos do § 4º, do dispositivo acima mencionado (LENZA, 2016, p. 301).

Por fim, o mecanismo de controle preventivo também poderá ser aplicado pelo Poder Judiciário. Neste caso, a via utilizada é a de exceção (controle incidental) e o instrumento adequado é o Mandado de Segurança, que pode ser impetrado por parlamentares para barrar projetos de lei “PL’s” violadores do devido processo legislativo, ou ainda para Projetos de Emenda Constitucional “PEC’s” que também sejam violadores do devido processo legislativo, ou simplesmente regulem

matéria manifestamente ofensiva a essência da norma suprema. (LENZA, 2016, p. 301-304)

Fica evidente a supremacia da Carta Magna e a necessidade de total respeito a tudo o que foi conquistado no decorrer de nossa história quando verificamos a possibilidade de controle preventivo que, inclusive, pode ser efetuado pelos próprios aplicadores da lei.

2.5.2 Modalidade repressiva de controle de constitucionalidade

Assim como a modalidade preventiva, a modalidade repressiva do controle de constitucionalidade também pode ser realizada pelos três Poderes.

Pelo Poder Legislativo, o mecanismo de controle é exercido quando se avalia os requisitos objetivos de uma Medida Provisória, quais sejam, a relevância e a urgência. Isso porque o artigo 62, da Constituição Federal disciplina que as Medidas Provisórias adotadas pelo Chefe de Executivo devem ser analisadas posteriormente pelo Poder Legislativo, poder responsável por avaliar se a relevância da matéria e a urgência dos motivos realmente estão configurados e foram capazes de inviabilizar o procedimento comum de elaboração de leis (LENZA, 2016, p. 308).

Já o controle posterior exercido pelo Poder Executivo ocorre pela opção de não cumprimento da lei considerada flagrantemente inconstitucional. Neste caso, convém lançar mão dos comentários do ilustre doutrinador Pedro Lenza que assim disciplina (2016, p. 310):

Entendemos que a tese a ser adotada é a possibilidade de descumprimento da lei inconstitucional pelo Chefe do Executivo.

Isso porque entre os efeitos do controle concentrado está a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Executivo (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e rt. 102, § 2º, da CF/88 – EC n. 45/2004).

Outro argumento a fortalecer a ideia da possibilidade de descumprimento da lei flagrantemente inconstitucional pelo Executivo decorre dos efeitos da súmula vinculante (Reforma do Judiciário), que uma vez editada vinculará a Administração Pública sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal (art. 64-B da Lei n. 9.784/99, introduzido pela Lei n. 11.417/2006).

Finalmente, tem-se o controle posterior exercido pelo Poder Judiciário. Neste último caso, o mecanismo pode ser aplicado de forma incidental, com a fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos em casos concretos, ou de maneira concentrada, através da propositura de ações com o propósito específico de inspecionar a elaboração e aplicação de leis e atos normativos tendo como paradigma a norma suprema.

A modalidade difusa, de raízes norte-americanas, pode ser declarada por qualquer juiz ou tribunal. Porém, para que um órgão colegiado declare a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, analisando-a no caso concreto, necessário se faz o atendimento da Cláusula de Reserva de Plenário prevista no artigo 97, da Constituição Federal, que exige o voto nesse sentido pela maioria absoluta dos membros daquele tribunal ou do seu respectivo órgão especial, após suscitada a apreciação como questão de ordem.

Diversamente, o reconhecimento da constitucionalidade de lei ou ato normativo pelo tribunal não necessita de quórum qualificado suso mencionado, mitigando a chamada Cláusula de Reserva de Plenário.

O caráter incidental da via difusa faz com que os efeitos das decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo atinjam, via de regra, apenas e tão somente as partes “*inter partes*” que litigam no caso concreto, tornando-a nula “*ex tunc*” de pleno direito.

Excepcionalmente, porém, é possível que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade pela via de exceção alcancem terceiros “*erga omnes*” estranhos a relação jurídica principal, desde que a deliberação tenha sido feita pelo Supremo Tribunal Federal e após encaminhado ao Senado Federal que, por meio de Resolução, suspenda “*ex nunc*” a execução daquela lei ou ato viciado nos moldes do r. julgamento, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Já no que diz respeito a forma concentrada, o controle é exercido através da propositura de ações específicas por meio das quais se analisa a constitucionalidade de lei ou ato normativo como questão principal, não havendo caso concreto a ser desvendado. Conforme se verá a seguir.

Por primeiro, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, disciplinada na Lei nº 9.868/99, atua no controle de leis (artigo 59, da Constituição Federal, como por exemplo – emendas constitucionais, medidas provisórias, tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional) e atos normativos (exemplo: resoluções administrativas) federais e estaduais, tendo como paradigma a Constituição Federal. É apreciada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal e, via de regra, suas decisões produzem efeito *erga omnes* e *ex tunc*, porém, este último efeito poderá ser modulado por motivo de segurança jurídica ou interesse social excepcional, através de quórum qualificado de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal (artigo 27, da Lei 9.868/99), passando a ser *ex nunc*.

Os efeitos das decisões preferidas nas ADIs atingem os Poderes Executivo e Judiciário, mas não atingem o Poder Legislativo, que poderá legislar novamente sobre o tema, evitando assim, o fenômeno da fossilização do direito.

Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC também está disciplinada na Lei nº 9.868/99, mas diferentemente da ADI, atua somente no controle de leis (artigo 59, da Constituição Federal, como por exemplo – emendas constitucionais, medidas provisórias, tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional) e atos normativos (exemplo: resoluções administrativas) federais, tendo como paradigma a Constituição Federal.

Também é de competência do Egrégio Supremo Tribunal Federal e, via de regra, suas decisões produzem efeito *erga omnes* e *ex tunc*, porém, este último efeito poderá ser modulado por motivo de segurança jurídica ou interesse social excepcional, através de quórum qualificado de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal (artigo 27, da Lei 9.868/99), passando a ser *ex nunc*.

Os efeitos das decisões preferidas nas ADCs também atingem os Poderes Executivo e Judiciário, mas não atingem o Poder Legislativo, que poderá legislar novamente sobre o tema, evitando assim, o fenômeno da fossilização do direito.

Outro instituto previsto na Constituição Federal, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, disciplinada na Lei 9.882/99, possui natureza subsidiária em relação a ADI e ADC (artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99). Em

contrapartida, é a mais abrangente, na medida em que atua nas seguintes hipóteses (artigo 1º):

Art. 1º - A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

(...)

Vê-se, pois, que a ADPF pode atingir leis ou atos normativos federais, estaduais e também municipais, inclusive anteriores à Constituição vigente, que provoquem controvérsia constitucional e não sejam alcançados pela ADI e também pela ADC.

A competência para apreciar a ADPF também é do Egrégio Supremo Tribunal Federal e suas decisões, via de regra, também produzem efeito *erga omnes* e *ex tunc*, porém, este último efeito poderá ser modulado por motivo de segurança jurídica ou interesse social excepcional, através de quórum qualificado de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal (artigo 11, da Lei 9.882/99), passando a ser *ex nunc*.

Por último temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que, nas palavras do doutrinador Pedro Lenza (2016, p. 445): “O que se busca com a ADO é combater uma ‘doença’, chamada pela doutrina de ‘síndrome da inefetividade das normas constitucionais.’”.

Percebe-se, pois, que através da ADO, busca-se a efetividade de normas constitucionais que se encontram no limbo, por serem de eficácia limitada e, por tal motivo, necessitarem de regulamentação pelos órgãos públicos.

Conforme se verá no capítulo a seguir, o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional teve como ponto de partida no Brasil a disciplina da ADO, pois, inicialmente, acreditou-se que os problemas suportados pela inefetividade das políticas públicas derivavam única e exclusivamente da falta de regulamentação legal, o que não é de todo verdade.

3 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DEFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No primeiro capítulo, foi refletida a importância que a Constituição Federal passou a ter na organização do Estado, buscando não só regulamentar as demais leis e atos normativos emanados dos órgãos e poderes públicos, mas também preservar e ampliar os direitos e garantias dos cidadãos por meio de um sistema de freios e contrapesos que almeja direcionar as relações Estado-particular e particular-particular.

O controle de constitucionalidade surgiu como mecanismo de fiscalização no qual o Poder Judiciário aprecia e julga a atividade legislativa, com intuito de que as leis e os atos normativos regulamentem, de forma clara e efetiva, o

exercício desses direitos e garantias individuais e coletivos salvaguardados no conteúdo constitucional.

Assim, o Judiciário tem a capacidade não só de expurgar leis e atos normativos contrários aos preceitos constitucionais, mas também de exigir uma atuação comissiva por parte do Poder Legislativo, na tentativa de suprir omissões que inviabilizem a prática plena e eficaz desses direitos e garantias indisponíveis.

Neste sentido, caminha o nobre jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos que assim disciplina (2016, p. 26):

Esse é um dos temas mais importantes e fundamentais na dinâmica de concretização das constituições contemporâneas: as lacunas normativas decorrentes da inércia de os agentes públicos cumprirem o determinado pela constituição, de produzir normas e políticas públicas por ela exigidas.

Percebe-se, pois, a importância do controle de constitucionalidade, que através de mecanismos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, expurga leis contrárias aos preceitos da Carta Suprema, enquanto mecanismos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, e o Mandado de Injunção – MI, podem compelir o Estado a produzir leis e atos normativos que regulamentem políticas públicas aptas a garantir o exercício íntegro dos direitos fundamentais abarcados pela Carta Suprema.

O nobre jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos acrescenta ainda que (2016, p. 26):

Substituída a ideia de supremacia do Parlamento pela supremacia constitucional, se o legislador omitir-se em disciplinar matéria imposta pela constituição, tal omissão estará negando a qualidade superior dessa norma. O “não fazer” não pertencerá à esfera discricionária do legislador e sim padecerá de vício de inconstitucionalidade.

Percebe-se, pois, que o exercício deficiente e, principalmente a inércia legislativa, tem reflexos diretos na proteção deficiente dos direitos fundamentais dos cidadãos, que embora garantidos pela magna carta, precisam ser regulamentados e proporcionados de forma efetiva pelo Estado.

3.1 Omissão Inconstitucional: Origem

A supremacia Constitucional, em detrimento da antiga supremacia Parlamentar, não foi um avanço exclusivo da evolução do Estado Brasileiro. Ao contrário, essa inversão de valores é fruto da evolução democrática que tomou grande parte dos países após a Segunda Grande Guerra.

Em meio a esse avanço popular, a questão da omissão inconstitucional, assim como outras questões de grande relevância e consequente repercussão social, passaram por um processo de judicialização, deixando de ser debatidas e decididas única e exclusivamente pelo Poder Político.

Alguns países como a Alemanha e a Itália, mesmo sem mecanismos específicos previstos em sua legislação, acabaram por exercer o controle da omissão inconstitucional por meio de jurisprudência de suas Cortes Constitucionais. Por meio de decisões paradigmáticas, os dois países acima descritos tentaram suprir não apenas a inércia legislativa, mas também alertar o Poder Legislativo da necessidade de modernizar o arcabouço jurídico com intuito de acompanhar as alterações sociais, que afetavam frontalmente a interpretação da Constituição existente (CAMPOS, 2015, p. 28).

Essa necessidade de atualização por meio de julgados concretos demonstra a influência direta que as alterações na vida social de uma coletividade produzem sobre sua legislação, fazendo com que a falta de acompanhamento dessas mudanças por parte da lei gere omissões extremamente violadoras de direitos.

Enquanto o Tribunal Constitucional Alemão apreciava recursos constitucionais e, por meio deles, solicitava atuação mais eficaz do Poder Legislativo no acompanhamento das constantes alterações sociais, a Corte Constitucional Italiana adotava uma abordagem mais incisiva, por meio das chamadas “sentenças manipulativas”, que supriam lacunas legislativas por meio de interpretações inovadoras dos dispositivos legais existentes, sem, contudo, modificá-los formalmente (CAMPOS, 2015, p. 29-30).

Outros países, como o Brasil, optaram por introduzir em sua Magna Carta de 1988, instrumentos específicos de combate às omissões inconstitucionais (CAMPOS, 2015, p. 29-30).

O Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal Brasileira, é um exemplo de remédio constitucional que atua em casos de omissão inconstitucional, em especial nos processos envolvendo casos reais, possibilitando a concretização de direitos fundamentais que até então não possuem regulamentação efetiva pelo legislador ordinário, a respeito veja-se:

Art. 5º -

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ou seja, o Mandado de injunção permite que determinada pessoa, física ou jurídica, faça uso de direitos e liberdades previstos na Magna Carta, evitando que o conteúdo constitucional seja apenas e tão somente uma “letra morta” face à inércia legislativa em regulamentá-lo.

Outro exemplo de instrumento específico de controle de omissões inconstitucionais previstos na Constituição Federal do Brasil, está disposto no artigo 103, § 2º, que assim disciplina:

Art. 103 –

(...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO também visa combater a falta de efetividade de uma norma constitucional, que pode ter origem tanto na inexistência de lei disciplinadora, quanto na ausência de decreto ou regulamento do Poder Público.

Todavia, diferentemente do Mandado de Injunção que abarca situações concretas e trata a falta de regulamentação de norma constitucional em caráter incidental, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, não pode ser proposta por qualquer pessoa física ou jurídica que se afirma detentora de direito fundamental.

Ao contrário, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO possui rol específico de legitimados aptos à sua propositura, uma vez que trata da falta de efetividade de direitos constitucionais como tema central de questionamento.

De acordo com o jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos para que a omissão inconstitucional e a consequente falta de efetividade dos direitos previstos na Carta Magna sejam tratados de maneira realmente efetiva, devem ser discutidos sob dois aspectos, a saber (2016, p. 32):

Sob o viés obrigacional, o controle judicial de constitucionalidade terá por objeto o descumprimento do legislador do mandamento constitucional.

Sob outra vertente, dita “normativista”, a omissão verifica-se não propriamente no descumprimento de um dever específico de legislar, mas em razão das consequências no plano normativo, político e social da inércia legislativa. O foco recai sobre as consequências derivadas da inação do legislador em cumprir a constituição, mais precisamente sobre as situações jurídicas e sociais que se revelam opostas à constituição em decorrência da omissão legislativa. O viés normativista se apresenta, assim, menos formal que o “obrigatório” ao dirigir a preocupação aos resultados derivados da omissão no plano fático.

Como visto, a omissão inconstitucional deve ser analisada não só em face da inércia na atividade legislativa, mas também das consequências que essa estagnação causa na realidade fática.

Porém, não foi essa a primeira concepção adotada pela doutrina e jurisprudência brasileira, que ao dar início ao estudo sobre a problemática em questão de início, limitou-se apenas e tão somente à análise restrita do viés obrigacional, conforme se verá a seguir.

3.2 A Concepção Inicial Sobre A Omissão Inconstitucional No Brasil

Inicialmente, deve ser exposto um breve estudo acerca da omissão inconstitucional enquanto nítida violação aos mandados de criminalização presentes em nossa Carta Maior.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras adotaram o mesmo posicionamento da doutrina do Direito comparado, que, nas palavras do jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 36-37):

Em síntese: para a doutrina em geral, portanto, a omissão normativa inconstitucional está sempre ligada a um enunciado constitucional em que é previsto um dever expresso e específico de legislar, configurada a ausência de atuação legislativa durante certo período de tempo razoável implicando, dessa forma, violação objetiva à constituição. Assim conceituada, estaria fora do campo de possibilidade da omissão inconstitucional possível violação de normas constitucionais autoaplicáveis, de um conjunto dessas normas ou da Constituição como um todo.

Percebe-se, claramente, que a abordagem inicial foi anacrônica, eis que voltada apenas e tão somente ao viés obrigacional da omissão inconstitucional.

Como exemplo deste posicionamento limitado e retrógrado, expõe-se o julgado emitido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que assim disciplina:

(...) Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição (...). A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão (...) (STF - ADI: 3682 MT, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277)

Analisando o julgado suso descrito, constata-se um dos defeitos desta visão antiquada, evidenciado pelo comportamento totalmente passivo da Suprema Corte, que diante de uma violação frontal aos preceitos da Magna Carta, limitou-se apenas e tão somente em reconhecer a inconstitucionalidade por omissão e lançou ao legislativo, a responsabilidade de saná-lo com prazos pré-estabelecidos.

O respeito demasiado à separação dos Poderes não justifica a apatia da Suprema Corte, que embora tenha reconhecido a inércia legislativa na ADI 3682 MT, nada fez além de atribuir ao Poder Legislativo prazo para criar a lei regulamentar e sanar o problema, que até então não havia sido atendido (CAMPOS, 2016, p. 48).

Ao invés de atender a determinação da Suprema Corte, o Congresso entendeu por bem editar a Emenda Constitucional nº 57/1008 que reconheceu como lícita a criação daquele Município e de outros instituídos da mesma forma até a data de 31/12/2006 (CAMPOS, 2016, p. 48).

Tal fato, na concepção do doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 49) é equivocada, eis que:

Na realidade, a opção por uma convalidação de vícios expôs a dificuldade do consenso parlamentar sobre o tema, já insustentável quando da decisão do Tribunal. Não foi uma escolha “cônsua e sábia” em não “se precipitar na deliberação”, mas a escolha necessária diante da inércia insistente e da pressão do tempo imposta pelo Supremo. O caso expôs, na verdade, os limites práticos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Percebe-se, pois, que o fato de a doutrina e a jurisprudência tradicionais focarem exclusivamente no viés obrigacional, reduziu o campo de análise de efetividade dos direitos e garantias fundamentais apenas e tão somente àqueles previstos em normas de eficácia limitada, que exigem complemento legislativo infraconstitucional.

Consequentemente, excluiu do campo de avaliação aqueles direitos e garantias previstos em normas de eficácia plena e em normas de eficácia contida.

Essa divisão entre normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada, teve origem na classificação tricotômica do professor José Afonso da Silva (LENZA, 2016, p. 257).

As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade integral e imediata desde a sua entrada em vigor, não dependendo de nenhum complemento infraconstitucional. Na esmagadora maioria das vezes, atua na criação de órgãos públicos, como por exemplo o artigo 2º, da Constituição Federal, ou ainda na definição de competências, como exemplo os artigos 19 e 20 do mesmo *Codex* (LENZA, 2016, p. 257).

Já as normas de eficácia contida, também ostentam a pronta aplicabilidade, porém, podem vir a sofrer redução em seu raio de alcance por outros dispositivos constitucionais, como por exemplo o artigo 136, da CF-88, ou mesmo pelo legislador infraconstitucional, como por exemplo artigo 5º, inciso XIII, do mesmo *Codex* (LENZA, 2016, p. 257).

Por fim, as normas de eficácia limitada, que ao contrário das duas anteriores, não são autoaplicáveis, eis que necessitam de uma norma infraconstitucional posterior que lhe confira eficácia (LENZA, 2016, p. 257).

As normas de eficácia limitada se subdividem em normas de caráter programático, onde o constituinte traça programas a serem implementados e desenvolvidos pelo poder público, como por exemplo direito a alimentação, previsto no artigo 6º, da CF-88, direito a educação previsto no artigo 205, do mesmo *Codex*; ou em normas de caráter organizativo, que traçam linhas gerais para definição e estruturação de órgãos públicos, que serão posteriormente desenvolvidos mediante lei específica (LENZA, 2016, p. 257).

Pois bem, feita essa distinção, necessário lembrar o julgado suso mencionado, que evidencia claramente o olhar fixo ao viés puramente obrigacional, ao limitar o estudo da omissão inconstitucional apenas e tão somente aos direitos e garantias previstos em normas de eficácia limitada, deixando de lado a análise daqueles previstos nas normas de eficácia plena e também nas normas de eficácia contida.

Assim como o julgado abordado, a doutrina também se posiciona sobre esse prisma restrito, conforme retrata Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 39):

A doutrina pioneira procurou limitar os casos de omissão inconstitucional às chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, pois apenas essas reclamariam a intermediação normativa e regulamentar para que pudessem ser aplicadas. O próprio José Afonso da Silva, em exercício de autorreferência teórica, quando tratou de inconstitucionalidade por omissão legislativa, limitou-se a examiná-la sob o prisma da eficácia jurídico-formal dos enunciados normativos, restringindo a possível configuração aos casos envolvendo *normas constitucionais de eficácia limitada*.

Vê-se, pois, que tanto doutrina quanto jurisprudência tradicionais acreditavam que normas constitucionais de eficácia plena ou mesmo de eficácia contida, por serem autoaplicáveis, também seriam autossuficientes e, por tal motivo, todos os direitos e garantias nelas previstos dispensariam qualquer regulamentação infraconstitucional, bem como de qualquer tipo de fiscalização quanto a efetividade na realidade social.

Todavia, a realidade atual vivida pela população brasileira deixa claro que a falta de fiscalização no cumprimento das normas de eficácia plena ou mesmo de eficácia contida, contribui para que boa parte dos direitos e garantias fundamentais não sejam cumpridos, ou que sejam cumpridos de maneira deficiente.

Além disso, a falta de fiscalização contribui diretamente para a irresponsabilidade de órgãos e agentes públicos, responsáveis pela efetivação destes direitos e garantias fundamentais.

Comprovado está, que muito mais do que um viés puramente obrigacional, faz-se necessário também voltar os olhos ao viés normativista, a fim de se apurar as consequências da omissão inconstitucional no plano fático, possibilitando assim avaliar se os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Suprema estão sendo, de fato, proporcionados pelos órgãos públicos e usufruídos pelos cidadãos.

3.3 Tutela Deficiente dos Direitos e Garantias Fundamentais

Como visto, o fato de a doutrina e jurisprudência tradicionais terem acreditado que o controle deveria ser exercido apenas e tão somente com base no

viés obrigacional, restringiu demasiada e equivocadamente o estudo da omissão inconstitucional ao campo das normas de eficácia limitada.

Para esse viés retrógrado, as normas constitucionais de eficácia plena ou mesmo de eficácia contida, que são autoaplicáveis, também deveriam ser auto executáveis e capazes, portanto, de produzirem todos os direitos e garantias nelas previstos. Consequentemente, dispensariam maior rigor tanto no processo de regulamentação infraconstitucional, quanto no papel de fiscalização sobre a efetividade frente da realidade social.

Nesse sentido, as palavras do doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 42-43):

Em virtude de acreditar que os enunciados constitucionais, ditos de eficácia plena, já contém, por si mesmos, todos os elementos necessários para os direitos tornarem-se uma realidade concreta, a doutrina tradicional acabou por caracterizar a ação legislativa complementar nesses casos, como facultativa, um mero *plus*, uma eventualidade, até conveniente, mas sempre prescindível. (...) Essa perspectiva favorece a irresponsabilidade política e institucional do Parlamento e de órgãos administrativos ante a ausência de efetividade de realização concreta de muitos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988.

Este viés puramente técnico-formal, preocupado demasiadamente em sopesar as lacunas constitucionais, derivadas exclusivamente da falta de estrutura textual normativa, impede a observância dos impactos reais que a falta de regulamentação dos direitos e garantias tidos como fundamentais pela Magna Carta provocam na sociedade.

Tal fato se deve, porque essa técnica meramente estrutural pinça apenas alguns dispositivos constitucionais, que se julgam limitados e, como tais, desprovidos de regulamentação hábil a lhes conferir efetividade.

Percebe-se, que este aspecto exclusivamente obrigacional acaba por confundir plano de existência com o plano de eficácia das normas, pois acredita que dispositivos que contém enunciados dotados de eficácia plena, por si sós, são autoaplicáveis e desprezam todo e qualquer tipo de regulamentação (CAMPOS, 2016, p. 65).

Para corrigir esse equívoco sobre o plano de existência e o plano de efetividade das normas, necessário se faz agregar o viés normativista na análise da omissão inconstitucional, para assim constatar que o problema não é apenas técnico-formal, mas de real aplicação dos direitos e garantias fundamentais no plano fático, o que demanda estudo conjugado de todos os dispositivos previstos na Magna Carta.

Nas palavras do doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 64):

Em síntese, a omissão inconstitucional, máxime a legislativa, pressupõe a falta de condições materiais para o gozo dos direitos fundamentais no momento da **atuação concreta da norma constitucional**, mesmo se a estrutura semântica dos enunciados não versarem, a princípio, a intermediação normativa.

Esse estudo sistemático e integrado permite avaliar a efetividade não só dos direitos e garantias previstos em normas de eficácia limitada, mas também naqueles previstos em normas de eficácia plena e contida.

Nesse sentido, convém ressaltar a posição do nobre jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 61), de sua obra Estado de Coisas Inconstitucional disciplina que:

Contudo, ao contrário do defendido, a omissão legislativa inconstitucional pode sim, pressupor enunciado normativo constitucional de direitos fundamentais do tipo “eficácia normativa plena e aplicabilidade imediata”, e isso porque a atuação concreta desses enunciados não é um a priori, denunciado simplesmente por elementos semânticos, mas é modelada e condicionada pelas limitações fáticas e institucionais envolvidas nos processos de concretização.

Percebe-se, pois, que a omissão inconstitucional pode incidir também sobre direitos e garantias previstos em normas constitucionais de eficácia plena, ou mesmo de eficácia contida.

Isso porque, embora sejam categorias de normas consideradas autoaplicáveis, necessitam de estrutura organizacional e conseqüente direcionamento, que só pode ser alcançado pela conjugação de fatores como a

regulamentação infraconstitucional pelo Legislativo e a efetividade na execução instrumental por parte do Executivo.

Sem a regulamentação legislativa, torna-se impossível definir como o direitos e garantias constitucionais que serão usufruídos pela sociedade, quais os órgãos públicos responsáveis por proporcioná-los e, no caso de atuação deficiente, quais órgãos deverão ser cobrados.

A efetividade dos direitos e garantias fundamentais depende de uma regulamentação clara e específica, para que o poder público consiga distinguir qual comportamento adotar, como por exemplo, direitos de primeira geração como a vida e a liberdade, necessitam de um comportamento mais omissivo por parte da Administração, enquanto direitos de segunda geração, conhecidos como sociais, tendo por exemplo a educação e a saúde, demandam comportamentos mais proativos do Estado.

Vê-se, pois, que o exercício efetivo dos direitos e garantias fundamentais pelos cidadãos demandam atuação clara e concreta pelo Estado, seja por meio da expedição de leis e regulamentos estruturais e direcionais por parte do legislativo, seja por meio da consolidação das políticas públicas pelo Executivo.

Essa atuação conjunta entre órgãos e poderes em prol da efetividade dos dispositivos constitucionais deve ser exercida com parcimônia e criteriosidade, buscando a todo custo uma proteção equilibrada, legitimada e ética.

4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Foi exposto no capítulo anterior, como visto, que a visão da doutrina e jurisprudência tradicionais permaneceu engessada no viés obrigacional, acabando por restringir a análise das omissões inconstitucionais apenas e tão somente no campo das normas de eficácia limitada.

Constatou-se que este aspecto puramente obrigacional confunde o plano de existência com o plano de eficácia das normas, acreditando que os dispositivos contendo enunciados dotados de eficácia plena são autossuficientes e, por tal motivo, não necessitam de nenhum tipo de regulamentação.

Por fim, observou-se a necessidade de se acrescentar a temática o estudo do viés normativista para analisar a omissão inconstitucional, pois é a partir dele que se analisa o plano prático, a realidade das políticas públicas no Brasil, o que

demanda estudo sistemático e integrado dos dispositivos previstos na Magna Carta, permitindo avaliar a efetividade não só dos direitos e garantias previstos em normas de eficácia limitada, mas também naqueles previstos em normas de eficácia plena e contida.

4.1 Conceito de Estado De Coisas Inconstitucional

Conforme apontado no primeiro capítulo deste trabalho, atravessamos a fase denominada de “neoconstitucionalismo”, que teve origem após as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários na 2ª Grande Guerra, e que acabou por atribuir nova roupagem às Constituições, vindo a se tornar o centro do sistema normativo e a orientara atuação do Estado e da sociedade.

Elaborada com dispositivos dotados de intensa carga valorativa, a Carta Magna tomou como “carro chefe” o princípio da dignidade da pessoa humana e, com a superioridade e imperatividade que lhe são inerentes, incumbiu ao Estado a responsabilidade pela promoção de políticas públicas capazes de garantir aos cidadãos o direito de viver com um mínimo de decência e equilíbrio.

Coube ao Estado, por meio dos representantes eleitos pelo povo, a responsabilidade de criar e executar políticas públicas capazes de atender a todos os cidadãos indistintamente, proporcionando-lhes os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Suprema para que consigam viver dignamente.

Por ser uma tarefa árdua e bastante complexa em virtude das dimensões continentais do país e das conseqüentes diferenças culturais e econômicas entre as regiões, faz-se necessário que Legislativo, responsável pela criação destas políticas públicas, e o Executivo, aplicador destas metas estatais, atuem com o máximo de esforço e cooperação, extraindo a verdadeira essência de princípios basilares da Administração Pública como, por exemplo, o Princípio da Supremacia do Interesse Público e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

Quando não existe sintonia entre o órgão criador e o executor, surgem falhas na estrutura do Estado, caracterizadas por impasses políticos que refletem

direta e negativamente na população, em especial as comunidades mais carentes, que dependem diretamente do Estado para usufruir de um mínimo de direitos ditos fundamentais.

Como consequência da falta de efetividade de políticas públicas não resta outra alternativa aos cidadãos senão provocar a atuação do último Poder Público, qual seja o Poder Judiciário. Este Poder acaba atingido por uma série infundável de demandas judiciais por parte dos cidadãos, que cobram, com razão, medidas enérgicas para sanar os problemas gerados pelo descompasso dos demais poderes estatais, como por exemplo Mandados de Segurança para obtenção de remédios, ou de vagas em Escolas.

A violação frontal dos direitos e garantias resguardados pela Carta Magna atribui as intermináveis demandas valor e prioridade sem precedentes. Fato este que desperta a necessidade de análise e decisão de todos os graus de jurisdição, até mesmo das Tribunais Superiores.

O doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 187) conceitua o Estado de Coisas Inconstitucional como sendo:

(...) a técnica do decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade constitucional.

Vê-se, pois, que “Estado de Coisas Inconstitucional” tem sido a expressão utilizada pelos Tribunais e Cortes Constitucionais que, ao se depararem com uma realidade sedimentada de violação massiva de inúmeros direitos e garantias fundamentais, reconheceram a urgência da situação e saíram em defesa da sociedade, utilizando-se, para tanto, de decisões marcadas por grande força ativa no que tange à “ordens estruturais”, exigindo dos demais Poderes soluções rápidas e eficazes para superar a condição instalada no meio social e garantir o cumprimento dos preceitos constantes na Carta Magna.

O conceito suso mencionado reconhece a existência de uma situação instalada e urgente na sociedade e, a partir daí, exige uma postura diferente dos órgãos públicos, cobrando mudanças de natureza estrutural para alcançar soluções que combatam e vençam a problemática.

No entanto, para que uma decisão dessa magnitude seja proferida, necessária a constatação de 4 (quatro) pilares que deixem claro o quadro social a ser combatido pelo Judiciário através da expressão “Estado de Coisas Inconstitucional”, a respeito veja-se (CAMPOS, 2016, p. 179).

Por primeiro, necessário observar que a expressão “violação massiva” significa muito mais do que cobrar do Poder Público uma proteção eficiente a determinado direito fundamental. Ao contrário, a “violação massiva” ocorre quando inúmeros direitos e garantias fundamentais estão sendo violados diária e gravemente, seja pela ausência de política pública, seja pela sua execução deficiente, acabando por expor e prejudicar número considerável de cidadãos (CAMPOS, 2016, p. 180).

O segundo pilar a ser verificado pela Corte Constitucional para reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional é a chamada “falha estrutural”, caracterizada pela ausência de elaboração de políticas públicas, ou pela sua não execução através do Executivo. Essa falta de sintonia no Poder Público deve ser ininterrupta, a ponto de colocar “em xeque” o cumprimento das obrigações estatais necessárias à efetividade dos direitos dos cidadãos. Nas palavras do doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 181):

Não seria a inércia de uma única autoridade pública, mas o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

A falha estrutural é, como se pôde verificar, uma insuficiência que diz respeito a todas as autoridades públicas do país, a todos os órgãos e entes, e não apenas a um setor em específico.

Por sua vez, o terceiro pilar aborda as medidas reputadas necessárias para sanar o quadro deplorável que se encontra a sociedade diante da violação intensa e incessante dos direitos e garantias fundamentais. Buscam-se alternativas

rápidas e eficazes para remediar a situação emergencial, além de soluções a médio e longo prazo para que tal quadro não se repita em outra ocasião ou em outro local do país. Nas palavras do doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, pg. 181):

Para a solução do ECI, são necessárias novas políticas públicas ou correção das defeituosas, alocação de recursos, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, enfim, mudanças estruturais.

O quarto e último pilar faz referência a quantidade de pessoas atingidas pela violação massiva dos direitos indisponíveis. A quantidade de cidadãos afetados, atrelado a quantidade e a forma como os direitos são prejudicados acarretam o congestionamento do Judiciário, que se vê abalroado por uma infinidade de processos, individuais e coletivos, reivindicando o reconhecimento do mesmo problema e exigindo soluções que só podem ser executadas pelo Poder Público (CAMPOS, 2016, p. 185).

A expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” foi reconhecida e aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do nosso Poder Judiciário e principal defensor da Constituição Federal. No entanto, sua origem é internacional e será exposta a seguir.

4.2 Sentenças Estruturais: A Origem Da Expressão “Estado de Coisas Inconstitucional”

Conforme anteriormente mencionado, a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” já foi abordada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e principal defensor da Constituição Federal, porém, sua origem é internacional.

Originalmente, a expressão literal tem nascimento na Colômbia, mas a raiz de seu fundamento vem dos Estados Unidos, com as chamadas “Sentenças Estruturais”, que são decisões prolatadas em processos marcados pelo elevado

número de pessoas presentes no polo ativo (reivindicantes), que ao invés de discutirem direitos e obrigações de cunho particular, recorrem ao Judiciário alegando falhas no funcionamento do Poder Público (CAMPOS, 2016, p. 188).

Vê-se, pois, que por meio desses litígios os juízes passaram para um novo patamar de atuação judicial. Isso porque, ao reconhecerem um quadro social abalado pela ausência de sintonia entre as instituições governamentais, os juízes se viram obrigados a abandonar a inércia que lhe é característica e investir contra os demais poderes, adotando uma posição ativista em benefício da sociedade atingida.

Nas palavras do doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos, foi o professor americano Owen Fiss que introduziu a importância do estudo das *structural injunctions*, amparado pela discussão de direitos civis ocorrida nos Estados Unidos nas décadas de 50 e 60, em especial a luta pela igualdade racial, alegando para tanto (2016, p. 189-191):

Fiss afirma que a injunção estrutural é singular, original, diferenciada em relação às categorias tradicionais, preventivas e reparatórias. Em litígios como o dos direitos civis nos Estados Unidos, tutelas preventivas e reparatórias se mostravam insuficientes porque a inconstitucionalidade está nas próprias instituições públicas. “O erro constitucional é a própria estrutura” estatal, de modo que, sem a reorganização das instituições envolvidas, não é possível impedir a perpetuação de violações de direitos. (...) A reorganização é “designada a levar a estrutura [governamental] para dentro dos limites constitucionais.

Analisando as novas decisões apontadas pelo professor norte-americano, constatamos que a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” tem, de fato, raiz nas sentenças estruturais, pois almejavam a reestruturação dos poderes e órgãos públicos, trazendo a sintonia necessária para que todos eles pudessem, de comum acordo, buscar o melhor interesse social, proporcionando da maneira mais rápida e eficaz todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna.

A decisão pioneira em adotar a chamada “sentença estrutural” foi proferida nos Estados Unidos em 1954, no caso envolvendo *Brown v. Board of Education of Topeka* (Brown I) Na ocasião, a Suprema Corte norte-americana, na tentativa de alcançar a igualdade racial, ordenou as escolas do Sul que colocassem fim a divisão entre negros e brancos, mas também proferiu decisões específicas no ano seguinte - 1955 (Brown II) - exigindo dos Conselhos Educacionais a criação e a

implementação de projetos de integração entre as raças, visando rechaçar a segregação, além de atribuir às Cortes Distritais a responsabilidade pela fiscalização das aludidos projetos (CAMPOS, 2016, p. 191-192).

O choque social introduzido pela decisão da Suprema Corte norte-americana implicou, inicialmente, na aplicação sutil e gradativa da decisão. Todavia, após uma década, constatou-se a frágil eficácia da decisão, em virtude da inexpressiva adesão por parte das escolas e conselhos educacionais (CAMPOS, 2016, p. 192).

Assim, a Suprema Corte, em parceria com as Cortes inferiores, entendeu que, para se alcançar o resultado pretendido, não poderia contar apenas e tão somente com a boa-fé das escolas e dos conselhos educacionais em criar e implantar os projetos para abolir a segregação racial. Ao contrário, o Judiciário americano, em completa sintonia entre as Cortes envolvidas, resolveu por bem não só aumentar a fiscalização das escolas e conselhos educacionais, como também introduziu as medidas restaurativas que entendeu acertadas, atribuindo prazos para que fossem instaladas e executadas (CAMPOS, 2016, p. 193).

Essa postura representa uma busca de solução adequada ao problema da falha estrutural que ataca todos os segmentos estatais, posto que existe um verdadeiro trabalho conjunto.

O êxito do comportamento ativista da Suprema Corte norte-americana acabou sendo repetido nos anos 70, em outros casos envolvendo o funcionamento dos presídios e os serviços de saúde (CAMPOS, 2016, p. 194).

Outro país que se mostrou referência no que tange a atuação da Corte Constitucional como poder responsável por significativas transformações sociais é a Índia. Para suprir o deficiente arcabouço legislativo quanto ao comportamento proativo do poder judiciário na luta pela sociedade, utilizou-se de reiteradas decisões adotadas pela alta Corte, que sedimentaram uma linha de ação para que ela se comportasse ativamente em prol da sociedade (CAMPOS, 2016, p. 197).

O primeiro quadro social a ser reestruturado foi relacionado à fome. Na ocasião, na Corte Constitucional indiana instaurou-se a chamada *Public Interest Litigation* (PIL), mecanismo que desburocratizou a legitimidade processual ativa para impetração de demandas envolvendo justiça social e direitos fundamentais,

permitindo a propositura de ações individuais e coletivas. Esse instrumento deu voz à população de baixa renda junto à Corte Suprema, que abraçou a causa e, por meio de decisões estruturais, traçou alternativas para combater a fome da população indiana (CAMPOS, 2016, p. 198).

O caso emblemático foi decidido em 2001, quando a ONG *People's Union for Civil Liberties* acionou a Suprema Corte Indiana acusando o governo de estocar grãos para exportação ao invés de distribuí-lo as pessoas carentes para sanar o problema da fome junto a população de baixa renda. Indignada, a Corte Suprema não só reconheceu que o comportamento do governo violava frontalmente a Constituição indiana, como também exigiu do governo a criação e a execução de políticas públicas voltadas ao combate à fome, com a distribuição de grãos a população de baixa renda, seguida de implantação de projetos de alimentação para os trabalhadores e também para as crianças nas escolas (CAMPOS, 2016, p. 199).

Em 2002, a Corte Suprema indiana delegou a fiscalização das medidas para uma comissão formada por conselheiros locais, visando acompanhar de perto a introdução e o desenvolvimento das medidas constantes na r. decisão. Já no ano de 2013, o resultado exitoso do ativismo judicial indiano resultou na *National Food Security Act.*, legislação específica criada pelo governo para o combate a fome no país (CAMPOS, 2016, p. 199-200).

Na América do Sul, como expoentes do ativismo judicial em prol da sociedade, temos a Argentina que através de sua Suprema Corte prolatou decisões paradigmáticas como a “Verbitsky”, alusiva ao problema de superlotação carcerária; “Mendoza”, referente ao problema de saúde derivado da degradação ambiental ocorrido na bacia do rio Riachuelo, que teve início em meados de 2004 e decisão em 2008 (CAMPOS, 2016, p. 200).

Porém, o maior expoente das decisões estruturais na América do Sul é a Colômbia. Foi através da Corte Constitucional colombiana que a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” ganhou projeção e passou a ser utilizada como fundamento legítimo de atuação proativa do Poder Judiciário frente aos demais Poderes Públicos. O poderio ativista da Suprema Corte colombiana pode ser visto nos mais diversos casos, como por exemplo processos envolvendo direitos previdenciários e de saúde sofridos por professores municipais; melhorias no sistema

carcerário; não convocação de concurso público para notário e o problema de desalojamento de pessoas vítimas de violência no país (CAMPOS, 2016, p. 99).

A atuação proativa da Corte Constitucional colombiana teve início no fim dos anos 80 e começo dos anos 90, com as drásticas reformas constitucionais ocorridas em diversos países da América do Sul, dentre eles o Brasil. Por meio da criação de novas Constituições, os países sul-americanos almejavam fortalecer o ideal de democracia, preservando e proporcionando aos cidadãos, os direitos individuais e sociais alcançados com todas as fases do constitucionalismo (CAMPOS, 2016, p. 99).

Em 1991, a Colômbia promulgava sua nova Constituição, atribuindo a Corte Constitucional papel fundamental na guarda da imensa quantidade de direitos fundamentais, bem como na fiscalização dos demais poderes públicos quanto a criação e execução de políticas públicas hábeis a proporcionar os direitos sociais (CAMPOS, 2016, p. 100).

Percebe-se pois que as sentenças estruturais prolatadas nos Estados Unidos, Índia e Argentina, além do Estado de Coisas Inconstitucional colombiano constituem fundamento legítimo para que o Judiciário brasileiro abandone sua postura inerte e limitada, e galgue para um novo patamar, no qual se comporta de maneira proativa, pressionando e punindo os demais Poderes Públicos para que concretizem os direitos e garantias que se comprometeram a proteger quando elaboraram e definiram a Constituição regente.

4.3 Fundamentos E Efeitos Do Estado De Coisas Inconstitucional

Conforme anteriormente descrito, o “Estado de Coisas Inconstitucional” não foi uma tese inventada a esmo para que o Poder Judiciário colombiano tivesse permissão de interferir na atuação dos demais Poderes Públicos.

Ao contrário, a expressão possui embasamento histórico e fundamentos legítimos em diversas searas e em diversos países, que lhe conferiram possibilidade de aplicação.

Inicialmente, o Judiciário colombiano teve o fundamento filosófico, amparado na Teoria da Justiça de John Rawls, que almeja uma política liberal-igualitária, onde o legislador atua democraticamente, proporcionando a toda sociedade oportunidades reais para usufruir de direitos que se afiguram como um mínimo existencial. Para Rawls, o Estado deve levar em conta as desigualdades culturais, econômicas e sociais existentes entre as mais variadas classes, para distribuir as oportunidades de acordo com a necessidade de cada uma delas e, quando não consegue alcançar um mínimo de equilíbrio entre as castas, faz-se necessário a intervenção judicial que, amparada nos preceitos constitucionais, tem a missão de suprir as lacunas deixadas pela atividade legislativa (CAMPOS, 2016, p. 158).

Já do ponto de vista teórico, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia se agarrou aos pilares do neoconstitucionalismo, haja vista que as reformas constitucionais que ocorreram nos diversos países da América do Sul, dentre eles o Brasil, levaram em conta as atrocidades cometidas durante a história global, em especial aquelas ocorridas na Segunda Grande Guerra. As Cartas Constitucionais elaboradas pelo neoconstitucionalismo são marcadas pela conjugação de direitos e garantias de primeira e segunda dimensões, que culminaram na elevação de sua carga valorativa ao ponto de torna-las superiores, imperativas e, portanto, hábeis a compelir os Poderes Públicos sobre a responsabilidade de fazê-la cumprir, proporcionando aos cidadãos o que lhes é de direito (CAMPOS, 2016, p. 158-160).

Finalmente, sob o viés metodológico, existe uma “crítica antiformalista ao Direito”, que afirma ser o Estado de Coisas Inconstitucional não apenas uma violação de preceitos constitucionais e legais, mas uma verdadeira falta de sintonia estatal na criação e aplicação de políticas públicas, tornando os direitos e garantias previstos na legislação meros desejos platônicos (CAMPOS, 2016, p. 161-162).

Logo, não é justo e, menos ainda, compreensível, que os governantes, responsáveis pela organização e trato de bens e recursos públicos, sejam inertes ou mesmo deficientes em cuidar dos cidadãos que deles dependam.

A criação e a execução de políticas públicas eficazes são o mínimo que se espera dos Poderes Públicos para garantir aos cidadãos o direito de viver com um mínimo de decência e equilíbrio.

O jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos leciona que (2016, pg. 162):

A Corte depara-se com a ausência ou a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, implicando a ausência de efetividade do cumprimento, pelo Estado, de suas prestações positivas em favor dos ditos direitos sociais. Direitos que incluem acesso à comida, água, moradia, saúde preventiva e curativa, seguridade social, educação, trabalho, saneamento básico. Mais do que garantias aspiracionais, esses direitos foram reconhecidos nos textos constitucionais contemporâneos como normas jurídicas, impondo ao Estado o dever de torna-los realidade concreta.

Os fundamentos encontram pertinência clara e manifesta, na medida em que, embora os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sejam independentes entre si, gozam de harmonia e, como tal, devem unir forças para promover um Estado mais justo e digno de se viver.

Nota-se, pois, que os efeitos das decisões que reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional, além de declararem uma realidade sedimentada de violação massiva de diversos direitos e garantias fundamentais, provocaram incômodo nos Poderes Legislativo e Executivo, para que voltassem os olhos ao caso e buscassem saná-lo com brevidade e eficiência.

Indiretamente, os efeitos também são perceptíveis, pois o cumprimento efetivo da decisão implica na reorganização estatal, equilibrando os poderes, como por exemplo a eliminação de infundáveis processos judiciais que teimam em inchar e travar a máquina judiciária, além de organizar detalhadamente a distribuição de orçamento e mão-de-obra pelo Executivo na aplicação das políticas públicas, atendendo à risca os preceitos estabelecidos na constituição e em todo o arcabouço legislativo infraconstitucional.

Vê-se, pois, que os efeitos das decisões de cunho estrutural afetam não só a classe de pessoas prejudicada pela desarranjo governamental, mas também beneficia todas as outras classes.

Neste sentido, é a posição do jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que assim disciplina (2016, pg. 206):

São efeitos indiretos instrumentais a formação de movimentos e organizações sociais para participarem da fase de implementação da decisão, bem como a mudança provocada sobre a cobertura midiática do problema. São efeitos indiretos simbólicos, principalmente, a mudança da opinião pública sobre a gravidade ou urgência do problema de violação de direitos, o que pode influenciar o comportamento dos atores políticos em favor dos destinatários dos direitos fundamentais.

Como visto na lição suso mencionada, a participação popular no êxito das decisões estruturais é de máxima importância.

Isso porque, através de associações e organizações, a população é mobilizada para fiscalizar e participar diretamente da mudança de quadro crítico, repassando a Corte Suprema relatórios e audiências públicas informações detalhadas sobre o grau de evolução das políticas públicas e as consequências provocadas na população atingida.

Por meio do monitoramento popular, as Cortes Supremas adquirem a logística necessária para saber quais medidas exigir com mais intensidade, e quais exigir com menos pressão.

Ou seja, a participação popular ganha importância sem igual no êxito das decisões estruturantes, sendo, portanto, indispensáveis na medida em que despertam nos cidadãos o subconsciente coletivo necessário ao desenvolvimento da social mais uniforme e agradável a todas as classes.

4.4 Críticas Ao Comportamento Proativo Do Judiciário

O fato de alcançar e exigir atuações dos demais Poderes Públicos faz com que a Suprema Corte adote um perfil de atuação político-estrutural, na medida em que não só exige a formulação e implementação de políticas públicas, como também atua diretamente como órgão fiscalizador, impondo penalidades e novas condições para o caso de seu não atendimento.

Toda essa relevância ativista começou a despertar críticas, principalmente de quem é cobrado pelo Judiciário.

Membros do Poder Legislativo e Executivo, revoltados por serem tachados como inertes ou mesmo ineficientes, começaram a questionar a legitimidade das decisões estruturais.

Um dos argumentos negativos apontados é o de que os juízes não gozam de legitimidade democrática, pois não são eleitos, não sendo responsáveis, portanto, pela população, ao contrário dos membros do Executivo e Legislativo, que foram democraticamente eleitos através de processo eletivo e sujeito a revisão periódica (CAMPOS, 2016, p. 227).

Outro argumento é o de que é o de que juízes não são *experts* na elaboração de políticas públicas, pois são limitados à aplicação de leis em casos concretos para resolução de litígios, diferentemente dos membros do Executivo e do Legislativo, que se julgam *experts* em criar e aplicar políticas públicas e acreditam gozar do respaldo público, pois para isso são eleitos (CAMPOS, 2016, p. 239).

A primeira vista, parecem argumentos plausíveis, já que o “Estado de Coisas Inconstitucional” não está previsto em nenhum conjunto normativo. Além disso, as Constituições Democráticas fundadas no neoconstitucionalismo, como, por exemplo, a Constituição Federal do Brasil, estruturam os Poderes Públicos como sendo “independentes” entre si.

De fato, a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” é fruto de criação judicial, e toma como sustentação o real sentido da norma constitucional, extraindo o máximo da carga valorativa exigida pelo constitucionalismo contemporâneo quando se interpreta e se aplica a Magna Carta.

Além disso, embora “independentes” entre si, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, também devem ser “harmônicos”. Significa dizer que todos eles são responsáveis por fazer valer os preceitos constitucionais, tornando-os efetivos no plano fático e para todas as classes sociais, na medida de suas desigualdades, com intuito de tornar a sociedade mais homogênea e equilibrada.

Quando um ou mais Poderes se divorciam dessa “harmonia”, outros Poderes acabam “pagando o pato” pela desídia alheia. No caso do Estado de Coisas Inconstitucional e das sentenças estruturais, quem arca com a falta de harmonia entre Executivo e Legislativo é o Poder Judiciário, que se vê atravancado de ações individuais e coletivas repetitivas nas mais diversas instâncias, onde todas elas

reivindicam nada mais e nada menos do que os próprios legisladores e executores lhes prometeram.

Não são os cidadãos quem elaboram as leis e as executam, ao contrário, são os representantes eleitos os verdadeiros responsáveis pela tarefa. Logo, se prometeram garantir a todas as classes os direitos e garantias individuais e sociais, nada mais honroso do que proporcioná-los com parcimônia e criteriosidade.

Conforme anteriormente explicado, a origem das sentenças estruturais e do Estado de Coisas Inconstitucional, deixam claro o caráter excepcionalíssimo com que tais medidas foram adotadas.

Situações emblemáticas como a segregação racial, superlotação carcerária, a fome, a saúde e a educação dos povos são temas que realmente merecem uma atenção especial, na medida em que refletem em todo o restante da população, mesmo que aparentemente não atingida.

A excepcionalidade é latente quando se analisa a “violação massiva” de uma “pluralidade de direitos fundamentais”. Ou seja, o ativismo judicial só é levado em consideração quando existe, de fato, uma realidade enraizada na qual direitos fundamentais estão sendo relegados cotidianamente a uma coletividade, que se vê preterida de forma grave e ininterrupta, necessitada, pois, da atenção de todos os órgãos públicos e das organizações sociais.

Os Estados Unidos, quando da aplicação das sentenças estruturais, possuía escolas onde havia separação entre seres humanos pela cor da pele. Já a Índia fez uso da medida para sanar a fome de milhares de indianos, dentre eles mulheres, crianças e idosos que atingiam porcentagem considerável da população.

São exemplos claros e incontestes de que as medidas são adotadas em último caso, não havendo outra forma de se alcançar a solução senão exigir que os demais poderes públicos finquem os olhos no problema e, juntos, procurem soluções rápidas e eficientes, com auxílio e fiscalização popular.

Além disso, o fato de o Judiciário cobrar do Executivo e do Legislativo a criação e implementação de políticas públicas com a participação e a fiscalização social, deixa claro que os poderes, apesar de independentes entre si, necessitam da divisão de tarefas entre eles para que a atuação seja efetiva e otimizada.

Percebe-se, pois, que são institutos que gozam de legitimidade na medida em que visam restaurar a “harmonia” entre os Poderes Públicos, para que possam atuar de forma equilibrada sem que um seja prejudicado pela inércia ou inefetividade de outro.

5 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: A ORIGEM DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

É bíblico que o homem, ser humano, não nasceu para viver sozinho. Tal fato pode ser constatado no surgimento de Eva, mulher que surge para acompanhar Adão, formando um casal de seres capazes de se reproduzir e, juntos, descobrirem o sentido da vida.

O ilustre escritor Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra singular intitulada “Dos Delitos e Das Penas” afirma que “leis são condições sob as quais os homens naturalmente independentes unem-se em sociedade”. (2015, p. 1).

A vida em comunidade é observada desde as épocas mais remotas, visando suprir as necessidades do ser humano, que não podem ser amortizadas em solidão. Por necessidade, a comunicação deve ser tida como o elo mais importante.

Por meio da comunicação, os seres humanos criam laços de interação, em que a troca de experiências gera aprendizagem e interesse por novas descobertas, contribuindo frontalmente ao desenvolvimento da civilização.

Quando o ser humano vive sozinho, em lugar não ocupado por outros semelhantes, goza de liberdade ilimitada, podendo agir e pensar da forma como acha conveniente, pois tem consciência de que não há outros como ele para contestarem ou repreenderem o seu modo de ser.

Diferentemente, quando o ser humano resolve viver em comunidade, necessita abdicar de parte dessa liberdade individual. Ou seja, a pessoa que participa de uma comunidade tende a renunciar parte de sua liberdade ilimitada, respeitando a liberdade de outros que com ela convivam.

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas” atribui relevância ao subconsciente social desperto nos membros da comunidade, ao afirmar que “A soma de todas essas porções da liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador legal.” (2015, p. 1).

O desenvolvimento da comunidade passa pela divisão de tarefas, onde cada membro tende a contribuir com uma parcela, inclusive com a responsabilidade de administrá-la. Assim, a convivência harmônica passa a ter regras mínimas que devem ser obedecidas por todos os membros da comunidade, não só na realização das respectivas funções, como também no convívio com os demais membros.

Quando um membro da comunidade viola uma das regras de convivência, surge a necessidade de repreensão. Em sua obra Direito Penal, Parte Geral, o ilustre doutrinador André Estafam, extrai o conceito de pena, nos seguintes termos: “A palavra pena deriva do latim *poena*, que indica castigo ou súplica. Não se ignora, todavia, a existência daqueles para os quais o vocábulo tem raiz grega – *ponos*, que significa trabalho ou fadiga.”

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, na obra “Dos Delitos e Das Penas” esclarece a necessidade de imposição das chamadas penas, quando afirma que (2015, p. 12):

Mas não foi suficiente apenas estabelecer esse depósito; também foi necessário defendê-lo da usurpação de cada indivíduo, que sempre se empenhará para não apenas tomar da massa sua própria porção, mas também usurpar aquela de outros. Portanto, alguns motivos que agridem os sentidos necessitam ser criados para impedir que o despotismo individual

mergulhasse a sociedade, novamente, em seu antigo caos. Esses motivos são as penas estabelecidas aos infratores da lei.

Percebe-se, pois, que as penas são os castigos atribuídos aos membros da comunidade, que mesmo cientes das regras de convivência, resolvem desobedecê-las em troca de alguma vantagem. A imposição dessas penalidades tem por bem garantir a paz, o equilíbrio e a liberdade pública mesmo depois de violados.

No transcorrer da história, conforme descrito no tópico abaixo, veremos que as penas, desde a época mais remota, possuíam variadas formas para as mais variadas condutas.

5.1 Evolução Histórica Das Penas

O sistema punitivo de indivíduos infratores não foi sempre o mesmo. Ao contrário do sistema que vivenciamos atualmente, a punição dos desobedientes a lei passou por diversas fases. Quando pensamos em violações graves de lei, a primeira e mais atemorizante pena que nos vem à mente, hoje, é a privação de liberdade.

No entanto, antes mesmo do apogeu das civilizações grega e romana, já existiam as chamadas “penas”, porém, essa fase foi marcada pela vingança privada, na medida em que se aplicavam punições como meio de vingança visando o caráter estritamente reparatório, seja no aspecto patrimonial, seja no aspecto divino. Os principais exemplos de vingança privada foram sacramentados na Lei de Talião e o Código de Hamurabi, período em que vigorava a temível fase do “olho por olho, dente por dente” (ESTEFAM, 2015, p. 36).

Em seguida, surge o que a doutrina chama de “vingança divina”, período marcado pela fusão entre Direito e religião. Na ocasião, o crime era considerado pecado, afrontando os ensinamentos divinos, sendo a pena a única forma de se alcançar a redenção do infrator. O principal exemplo de “vingança divina” é percebido pelo Código de Manu (ESTEFAM, 2015, p. 36).

Posteriormente, os maiores expoentes da civilização antiga, a saber, Grécia e Roma, transformaram as penas, até então privadas, em atos do governo, atribuindo-lhes caráter público. Nessa fase, a privação de liberdade era vista a apenas e tão somente como uma fase de transição para a pena final. Isso porque até os fins do século XVIII, os castigos impostos aos violadores da lei eram extremamente intensos e cruéis como por exemplo as penas de morte, de castigos físicos, ou mesmo aquelas de caráter infamante. Nas palavras do ilustre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, em sua obra *Tratado de Direito Penal* (2012, p. 568) ensina que:

Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Por isso, a prisão era uma espécie de “antessala” de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente para se descobrir a verdade.

Em um rápido comparativo aos dias atuais, a privação de liberdade na antiguidade seria hoje uma espécie “medida cautelar”, utilizada para evitar a fuga e, ao mesmo tempo, tentar obter uma confissão do infrator, todavia, diferentemente da legislação brasileira atual, a confissão poderia ser obtida mediante tortura, revelando o caráter arcaico e cruel da época. Tanto na Grécia quanto em Roma, a privação de liberdade atuou de modo semelhante, na medida em que ambas as civilizações a utilizaram-na como mero instrumento de custódia, retendo os delinquentes até que fossem submetidos a pena final (BITENCOURT, 2012, p. 568)

Importante ressaltar, ainda, que a civilização grega também adotava a privação de liberdade para conter devedores até que quitassem suas dívidas para com seus credores. Porém, mesmo nesse caso, a prisão era adotada com o simples fim de compelir o devedor a quitar o seu débito, ou seja, a pena principal era o pagamento da dívida (BITENCOURT, 2012, p. 568).

Como dito alhures, uma outra civilização que marcou a idade antiga, a saber, Roma, também via a privação de liberdade como medida de custódia para uma futura pena principal, seja ela a morte, ou mesmo de sofrimento corporal ou infamante. Cezar Roberto Bitencourt, em sua obra “*Tratado de Direito Penal*” elenca algumas instalações onde os transgressores eram mantidos.” (2012, p. 569):

Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos,

torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios. A prisão mamertina era um poço d'água, um coletor de águas, que se transformou em cárcere.

Percebe-se, pois, que o caráter cautelar da privação de liberdade acarretava a falta de construções arquitetônicas específicas para a custódia. Assim, os prisioneiros eram mantidos em lugares inóspitos, abandonados e mal cuidados, até que fossem julgados, evidenciado, desta forma, a total falta de dignidade com que eram tratados.

Especificamente sobre a pena de prisão, ensina Michel Foucault que (2014, p. 223):

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência. No final do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares.”.

A Idade Média surge tendo a civilização germânica como principal expoente, todavia, durante a fase de transição, herdou resquícios do sistema punitivo aplicado na Idade Antiga. Isso porque, durante a Idade Média, ainda vigoravam penas violentas, com morte, infâmia ou mesmo corporais, sendo os infratores mantidos sob a custódia do Estado, privados da liberdade, até sofrerem as penalidades, que normalmente eram realizadas em praça pública (BITENCOURT, 2012, p. 570).

Com a intenção de criar e espalhar o temor popular, a lei punitiva fundamentava a punição pública, onde transgressores eram mutilados e mortos das formas mais brutais, ao deleite de quem assistia a execução. Pouco a pouco, a privação de liberdade começou a ganhar nova importância, não servindo apenas e tão somente como medida custódia. Surgiram duas novas hipóteses de privação de

liberdade, a saber a prisão de Estado e a prisão Eclesiástica (BITENCOURT, 2012, p. 570).

A prisão de Estado era imposta aos inimigos do poder, transgressores que cometiam atos contra o Governo, como, por exemplo, atos de traição. Se a conduta transgressora fosse realmente grave, a prisão era aplicada como mera custódia, até que o infrator sofresse, de fato, perante a população. No entanto, quando os delitos eram considerados de menor gravidade, o transgressor era mantido preso, de maneira perpétua ou até que conseguisse o perdão real (BITENCOURT, 2012, p. 570).

Já a prisão Eclesiástica, criada em meados do século XII, era aplicada pela Igreja aos clérigos irresponsáveis. A prática de infrações, ou mesmo a desobediência dos sacerdotes, desencadeavam sua reclusão em mosteiros, onde eram punidos e submetidos à reflexão pela oração, devendo se arrepender dos pecados. Cezar Roberto Bitencourt, em sua obra Tratado de Direito Penal aponta a importância da prisão Eclesiástica para o direito atual, ao revelar que (2012, p. 571-572):

Inegavelmente, o Direito Canônico contribuiu decisivamente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras idéias sobre a reforma do delinquente. Precisamente o vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

Analisando o trecho suso mencionado, percebe-se que o Direito Canônico contribuiu frontalmente com a mudança de visão com relação a privação de liberdade. Com expressões como “penitenciário” e “penitenciária”, atreladas ao sentimento cristão, a Igreja introduziu um novo sistema punitivo aos transgressores.

Embora a primeira vista tenha sido aplicada apenas e tão somente aos sacerdotes desobedientes, a privação de liberdade eclesiástica simbolizou a punição mais eficaz e menos cruel. Isso porque os “penitenciários”, conforme anteriormente mencionado, eram submetidos a privação de liberdade como pena principal, e durante o tempo de reclusão, permaneciam em oração e reflexão até compreenderem o pecado cometido e alcançar o arrependimento. Nota-se, que na prisão eclesiástica

não havia castigos físicos, mutilações ou mortes públicas como pena final. Ao contrário, o sacerdote transgressor era apenas e tão somente retirado do meio social em que vivia para um período sabático, de reflexão e arrependimento, até que se sentisse apto a retornar ao meio público (BITENCOURT, 2012, p. 570-571).

A Idade Moderna surge em meados do século XVI e XVII, com a explosão da criminalidade, em especial a patrimonial, face a crise financeira que atingiu a Europa e resultou não só escassez de recursos, mas também o crescimento desenfreado da população de baixa renda, que sem ter o mínimo para viver com dignidade, passou a cometer transgressões para sobrevivência. Nas palavras do ilustre jurista Cezar Roberto Bitencourt, que em sua obra *Tratado de Direito Penal* retratou a condição da população pobre, desacorçoada com a miséria, nos seguintes termos (2012, p. 572):

Contudo, como em algum lugar tinham de estar, iam de uma cidade a outra. Eram demasiados para serem todos enforcados, e a sua miséria, como todos sabiam, era maior que a sua má vontade; na Europa, cindida em numerosos Estados minúsculos e cidades independentes, ameaçavam, não só com sua massa crescente, dominar o poder de Estado.

Referido trecho deixa claro que a aplicação das penas de morte e de caráter corporal já não surtiam o mesmo impacto, tornando-se inviáveis face ao crescimento desordenado da população de baixa renda.

Acerca do desaparecimento dos suplícios e o surgimento de uma nova forma de punir, temos os ensinamentos do filósofo Michel Foucault (2014, p. 13):

Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje, existe a tendência de desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como 'humanização' que autorizava não analisá-lo. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo suplicado, esquartejado, amputado, marcado

simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.

Em meados de 1552, surge, na Inglaterra, as “instituições de correção”, vista como ponto chave na história do sistema penitenciário. Dentro destes locais, que foram criados e construídos como instrumentos de política social, os transgressores da lei eram submetidos a trabalho e disciplina, como forma de correção. Assim, Os ingleses encontraram uma forma de “limpar” as ruas de mendigos e vadios, dificultando que eles pudessem se reunir para formar motins contra o Estado por melhores condições de vida (BITENCOURT, 2012, p. 573).

O período capitalista pelo qual a Europa atravessava incentivou a propagação das casas de correção, pois os vadios e indigentes que ali habitaram, passaram a trabalhar para o Estado, tornando-se úteis e disciplinados. Nas palavras de Michel Foucault (2015, p. 216-217):

Minha hipótese é que a prisão esteve, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos. Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósito de criminosos, depósito cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. Isso não é verdade: os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para mostrar. Desde o começo, a prisão deveria ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gentes honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinqüentes, mas os delinqüentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinqüentes servem para alguma coisa.

As instituições de correção, foram rapidamente criadas e construídas em várias cidades inglesas, principalmente nos polos industriais como Worcester e Bristol, tendo como finalidade também a prevenção geral, desestimulando o crescimento da vadiagem naquela região. Em meados de 1956, Amsterdã adotou este tipo de sanção, criando casas de correção para homens e, de forma separada, para as mulheres (BITENCOURT, 2012, p. 573).

Resta evidente que a privação de liberdade ganhou novo *status*, deixando de ser apenas e tão somente uma forma de custódia temporária, para se tornar uma pena principal e com intenção “aparente” de ressocialização, na medida em que os reclusos eram submetidos a trabalho e disciplina, abandonando a condição ociosa que outrora lhes trouxera aquele local.

É certo que as penas capitais e também as penas corporais ainda eram aplicadas, mas não com a proporção de tempos mais remotos.

Assim como na Idade Média, o Direito Canônico teve papel fundamental no aprimoramento do sistema penitenciário criado na Idade Moderna. Isso porque, em meados do século XVII, o sacerdote Filippo Franci funda, na cidade de Florença em 1667, o “Hospício de San Felipe Neri”, que inicialmente abrigava e atuava na correção de “crianças errantes”, mas que posteriormente alcançou também adolescentes e jovens delinquentes (BITENCOURT, 2012, p. 574).

Depois de analisar o trabalho realizado no “Hospício de San Felipe Neri”, o monge beneditino Frances Jean Mabillon escreveu um livro intitulado “Reflexões sobre as prisões monásticas”, na qual abordou pontos de vista importantes sobre a criminalidade, que mais tarde foram abordados pelo Iluminismo, como, por exemplo, a proporcionalidade entre a pena e o crime, bem como a questão da reinserção do delincente ao meio social (BITENCOURT, 2012, p. 574).

Diferentemente da visão puramente capitalista, que via nos reclusos mão de obra barata para o trabalho, o projeto desenvolvido pelos sacerdotes religiosos gozava de maior interesse na cura dos delinquentes, sendo importante ponto de referência para as chamadas “teorias da pena”.

5.2 Estudo Do Direito Penal: Escolas Penais

Não há que se falar em qualquer tema atrelado às sanções penais sem, antes, perfazer um breve histórico e estudo acerca das Escolas Penais.

O ilustre doutrinador André Estefam, em seu livro Direito Penal, Parte Geral afirma que “a história das penas confunde-se com a própria história do Direito

Penal. Lembre-se que “as primeiras leis foram leis penais” e, em nome da sociedade, para o seu bem e sua ordem, é que se permite o recurso à pena.” (2015, p. 318).

Foi visto que desde a Idade Antiga, as primeiras leis de que se tem notícia possuíam natureza penal e surgiram para proteger o patrimônio e a vida das pessoas.

Mesmo nas épocas mais remotas, não havia apenas e tão somente uma única pena. Ao contrário, as várias civilizações, no decorrer da história, demonstraram diversidade no sistema de punição de transgressores, com penas variadas para as mais diversas condutas.

Além disso, a aplicação de penas aos transgressores da lei também adotaram finalidades diversas no decorrer da história, servindo ora como forma de intimidação social com as penas aplicadas em praça pública, ora como tentativa de ressocialização dos delinquentes utilizando-se, para tanto, os dogmas da Igreja.

Assim, a privação de liberdade que é a principal pena no cenário atual, dividiu e ainda divide importância com diversas outras formas de repreensão.

Nota-se que pensadores, atuando nas mais diversas áreas científicas, como por exemplo, filosofia, física, economia e sociologia, passaram a buscar uma visão mais racional para os problemas enfrentados, entre eles a criminalidade.

O primeiro impacto do Iluminismo no Direito Penal foi admitir a necessidade de reconhecer que as penas até então aplicadas eram de natureza eminentemente cruel, devendo, pois, serem abandonadas. Pioneiro na luta pelo respeito a condição humana, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, foi expoente na luta pela dignidade dos transgressores da lei. Em sua obra primorosa intitulada “Dos Delitos e Das Penas”, de 1764, repudiou severamente técnicas utilizadas pela justiça, como, por exemplo, a adoção da tortura como meio de prova, além de reivindicar condições mais dignas aos encarcerados. Ao referir-se sobre os objetivos das penas, o Marquês de Beccaria foi claro e preciso em afirmar (2015, p. 37):

(...) é evidente que o objetivo das penas não é tormentar um ser sensível nem desfazer um crime já cometido. (...) O objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito. Assim, as penas e o modo de infligi-las devem ser escolhidas de maneira a causar a mais forte e duradoura impressão na frente de outros, com o mínimo de tormento ao corpo do criminoso.

Vê-se, pois, que o iluminista foi categórico em ressaltar que o ideal seriam penas que desencorajassem o cometimento de novas infrações por outros cidadãos, mas que ao mesmo tempo não causassem sofrimento demasiado ao transgressor da lei. Percebe-se, pois, que os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que embasaram a Revolução Francesa, também serviram para proteger a liberdade individual e romper, de vez, com as penas tradicionais em respeito à condição pessoa humana.

O Marquês de Beccaria é considerado precursor do movimento intitulado de “Escolas Penais”, responsável pelo estudo de princípios e regras que fundamentaram a aplicação do Direito Penal, sendo a primeira delas a denominada “Escola Clássica” (ESTEFAM, 2015, p. 56).

Chamada por vezes de “Idealista”, a Escola Clássica nasceu na Itália e, além do ponto de vista teórico-filosófico de Cesare Bonesana, também revelava o aspecto prático ou “ético-jurídico” de Francesco Carrara, que definia o crime como ente jurídico, sem se voltar a pessoa do criminoso. Com um método dedutivo, o estudo partia de seu marco inicial estabelecido na lei vigente, para então alcançar as questões jurídico penais. Utilizavam fundamentos considerados absolutos, como o Ideal de Justiça, para vencer as leis draconianas da época (ESTEFAM, 2015, p. 57).

No tocante a pena, os classicistas a consideravam-na não só como meio retributivo, aflitivo e pessoal de se punir alguém que, fazendo uso de seu livre-arbítrio optava, espontânea e conscientemente, pela prática delitiva, acabando por violar a lei e causar mal a outrem, mas também como instrumento de exemplo para os demais cidadãos, amedrontando-os a ponto de afastar-lhes a vontade de cometer infrações (ESTEFAM, 2015, p. 57).

Outra escola referência no estudo do Direito Penal é a Escola Positiva, que teve como principais expoentes Augusto Conte, Cesare Lombroso e Ferri Garofalo. Embasados pelo avanço das ciências humanas e biológicas, caracterizadas por serem mais exatas e palpáveis que aquelas adotadas pela considerada “ultrapassada” Escola Clássica, os positivistas adotaram o método indutivo de estudo, passaram a observar a figura do delinquente, criando estatísticas com base em dados morfológicos e psicológicos com os quais desenvolveram perfis físicos de criminosos (ESTEFAM, 2015, p. 58).

Com base em estudos de cadáveres e também dos criminosos em vida, os positivistas apresentam a figura do “criminoso nato”, pessoa que já nascia delinquente por apresentar deformidades anatômicas físicas como, por exemplo, assimetria craniada e orelhas de abano; e/ou psicológicas como por exemplo impulsividade e preguiça. Para os positivistas, o fato de o indivíduo nascer transgressor influenciava na finalidade da pena, que deixou de ser retributiva para ser preventiva, voltada não para a gravidade do delito, mas principalmente para o grau de periculosidade do agente (ESTEFAM, 2015, p. 58-60).

Por fim, tem-se a Escola Eclética, também chamada de Crítica ou Sociológica, que procurou fundir as características das duas Escolas anteriores. Utilizou dos dados antropológicos criminal deixados pela Escola Positiva, mas repudiaram a ideia de “criminoso nato” quando concordaram com o delito ser ente jurídico (ESTEFAM, 2015, p. 60).

Vê-se, pois, que as Escolas Penais contribuíram para o estudo das finalidades da pena, pois são consequência lógica e imediata à violação da lei pelos transgressores.

5.3 Das Finalidades Das Penas

Como visto, o estudo sobre a finalidade da pena é de extrema importância, pois a pena se revela consequência lógica do Direito Penal, causando impactos diretos aos transgressores, além de impactos reflexos à sociedade. Não há dúvidas de que uma definição clara e precisa do que se pretende com a aplicação de penas revela como o Estado se comporta perante a sociedade que representa e quão eficiente ele é em administrá-la.

As penas são, pois, instrumentos utilizados para doutrinação estatal, na medida em que podem ser impostas para punir atos criminosos, desestimular novas práticas pela mesma pessoa ou por outros cidadãos, ou mesmo para a busca da regeneração do transgressor.

O estudo sobre as penas é marcado pela presença de teorias sobre como o instrumento “pena” pode ser útil para uma sociedade.

As teorias absolutas entendem a pena como um instrumento autossuficiente, ou seja, “um fim em si mesma”. Significa dizer que, aquele que resolve cometer um crime deve ser por ele responsabilizado de forma proporcional a gravidade do delito por ele cometido (ESTEFAM, 2015, p. 321).

Outra teoria que marcou o estudo da finalidade da pena foi a teoria relativa, que ao inverso das absolutas, reconhecem que a pena não se constitui “um fim em si mesma”. Ao contrário, a pena, segundo a teoria relativa, goza de caráter preventivo e busca a segurança social através da ressocialização do transgressor (ESTEFAM, 2015, p. 322).

Este caráter preventivo almejava resultados por diferentes ângulos, a saber o ângulo da prevenção geral, utilizando a pena como fator de intimidação popular, desencorajando os cidadãos à prática de novos crimes, deixando transparecer uma atuação eficaz por parte do Estado administrador na luta pela paz social. Outro ângulo a ser analisado consiste na prevenção especial da pena, dirigida especificamente ao transgressor, a fim de fazê-lo entender que está sofrendo as consequências de seus atos, mas que tem a chance de se arrepender e mudar o seu comportamento (ESTEFAM, 2015, p. 322).

Por fim, temos a teoria mista, “ecclética” ou também chamada de “conciliatória”, a qual entende que a pena deve conter tanto a finalidade retributiva quanto a preventiva (ESTEFAM, 2015, p. 322).

Essa comunhão pode ser evidenciada inclusive no Código Penal Brasileiro, que em seu artigo 59 disciplina que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)

O dispositivo previsto na legislação penal brasileira atual, deixa claro que o Direito Penal moderno busca não só punir o crime com uma pena proporcional à sua gravidade, mas também garantir que a sociedade perceba um Estado atuante e

justo, bem como que o delinquente tenha tempo e condições de refletir seu comportamento e optar pela mudança positiva para quando retornar ao meio social (ESTEFAM, 2015, p. 322).

5.4 Princípios Aplicáveis Às Penas

Conforme analisado anteriormente, o passar do tempo e o desenvolvimento das civilizações foram cruciais nas mudanças das penas aplicadas aos transgressores da lei.

Com ideais capitalistas, canônicos e iluministas, as penas passaram a ser, ao menos em tese, menos cruéis.

Os princípios surgem como normas de conduta e servem como parâmetro de conduta a ser observado pelos legisladores na criação das penas e também dos juízes na aplicação das penas aos casos concretos.

Atualmente, os princípios somam-se às leis e às interpretações jurisprudências e doutrinárias para moldar e orientar a forma de imposição das penas.

Dentre os princípios mais importantes, podemos citar como exemplos, a dignidade da pessoa humana; o princípio da legalidade; princípio da intranscendência da pena e princípio da individualização da pena, explicados a seguir.

O princípio da dignidade humana é visto hoje no país como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme previsto no artigo 1º, da Constituição Federal, que atua como “viga-mestra” em todos os ramos do Direito, públicos ou privados, pois é herança do neoconstitucionalismo, que surgiu depois das atrocidades cometidas na 2ª Grande Guerra pelos regimes absolutistas.

No âmbito penal, o princípio da dignidade da pessoa humana é abordado em dois momentos. Por primeiro, o princípio é levado em conta para se estabelecer quais as penas que podem ser aplicadas, como, por exemplo, as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multas; bem como aponta quais penas jamais poderão ser adotadas, como as penas cruéis, trabalhos forçados e banimentos (artigo

5º, incisos XLVI e XLVII, da Constituição Federal), Em segundo lugar, a dignidade da pessoa humana deve ser analisada no tratamento dos presos, garantindo-lhes direitos mínimos de subsistência, conforme previsão do artigo 5º, inciso, inciso XLIX, da Constituição Federal, o qual afirma que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (ESTEFAM, 2015, p. 325).

Já o princípio da legalidade, encontra-se previsto não só na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXIX), como também no Código Penal (artigo 1º). Em ambos os casos, o postulado leciona que “não há crime se não lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Significa dizer que só haverá que se falar em crime quando a conduta praticada pelo transgressor estiver previamente expressa em lei. Do mesmo modo, o infrator só será penalizado, se além da previsão legal da conduta delituosa, também existir uma pena prevista expressamente para aquela conduta (ESTEFAM, 2015, p. 325).

O princípio da legalidade é de suma importância na medida em que tornam claros quais são as condutas consideradas criminosas e quais as respectivas penas. Além disso, o fato de crime e pena estarem previstas em lei vedam situações inesperadas como costumes incriminadores ou mesmo costumes permissivos, o que significa dizer que não é qualquer fato ou situação que tem poderes para determinar uma conduta como crime ou retirar-lhe a condição de ilicitude.

Por sua vez, o princípio da intranscendência da pena, previsto no artigo 5º, da Constituição Federal, deixa claro que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Esse princípio é muito importante, na medida em que deixa claro que cada pessoa é responsável pelos atos que pratica, não podendo ela cometer um crime e fazer com que alguém seja punido em seu lugar. O princípio da intranscendência impede que familiares e sucessores sejam responsabilizados penalmente pela conduta ilícita de algum membro da família (CUNHA, 2016, p. 399-400).

Finalmente, o princípio da individualização da pena também está previsto na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 5º, inciso XLVI, quando afirma que “a lei regulará a individualização da pena (...)”. Quer dizer que, a lei regula não só as penas que devem ser aplicadas, mas também apresenta formas como as penas devem ser aplicadas e executadas. Ou seja, não é permitida a padronização das penas, devendo o juiz analisar cada caso com a sua devida singularidade, atentando não só para a gravidade da conduta e sua repercussão para a vítima e para

a sociedade, mas também avaliar a pessoa do delinquente, seu passado, sua conduta social, os motivos que o levaram a praticar o delito, seu grau de arrependimento (CUNHA, 2016, p. 400).

Percebe-se, pois, que o estudo das penas, muito mais que uma análise propriamente penal, está intimamente ligada aos preceitos norteadores da Constituição Federal, a lei maior que serve de parâmetro para todo o ordenamento jurídico.

Ao abolir penas de morte, por exemplo, o Estado permite que o delinquente volte à sociedade depois de cumprir sua penitência para começar uma vida nova ou simplesmente retomar uma vida interrompida. Os princípios suso mencionados são aplicados para tornar a penitencia mais efetiva e menos dolorosa ao transgressor, fazendo com que ele se arrependa do comportamento passado e volte a sociedade com outro padrão comportamental, tendo a certeza de que foi punido com justiça e equidade.

5.5 Pena Privativa De Liberdade No Brasil: O Surgimento Sistema Penitenciário Atual

Assim como no resto do mundo, a aplicação de sanção no Brasil passou por um processo evolutivo até chegar ao sistema penitenciário atual.

Os índios que aqui habitavam, antes mesmo da chegada dos portugueses, possuíam sua forma peculiar de punição para atos contrários aos seus costumes. Assim como os povos mais primitivos da Europa, os silvícolas aqui residentes exerciam uma espécie de vingança privada, seja na punição de integrantes da própria tribo, ou mesmo para punir integrantes de outras tribos. Esse direito de punir primitivo não teve influência no Direito Penal brasileiro (ESTEFAM, 2015, p. 63).

No Brasil, o Direito Penal teve sua origem no processo de colonização portuguesa, mais precisamente com as Ordenações Afonsinas, também chamadas de Código Afonsino, datado aproximadamente de 1446/1447. Esse arcabouço normativo foi trazido de Portugal e implantado no país que sofria o processo de

colonização e vigorou por aproximadamente 20 (vinte) anos, sendo então sucedida pelas Ordenações Manuelinas, que muito se assemelhava com a legislação anterior (ESTEFAM, 2015, p. 63-64).

Essa nova legislação manteve-se em vigor entre os anos de 1521 a 1603, quando então foi substituída pelas Ordenações Filipinas, também chamada de Código Filipino. As Ordenações Filipinas regeram o direito penal brasileiro por mais de 200 anos, tendo como trecho mais famoso o “Livro V”, marcado pela fusão de regras penais e processuais penais, trouxe em seu texto características marcantes, como, por exemplo, a desproporção no trato para com os delinquentes, utilizando-se de fatores como religião, nacionalidade e casta social, levados em consideração no momento da punição (ESTEFAM, 2015, p. 65).

Vê-se, pois, que o período de Ordenações, Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, foi marcado pelo Direito Penal aplicado à Idade Antiga, onde as penas tinham a função exclusiva de atemorizar a comunidade, por meio de penas cruéis e degradantes aplicadas em praça pública pela Coroa Portuguesa, que confundia crime com moral e pecado e não exercia o menor equilíbrio entre acusação e defesa. Assim, as penas privativas de liberdade serviam, *a priori*, para manter os delinquentes privados de liberdade até que fossem punidos publicamente, forçando-os a confessar os delitos praticados.

Em 7 de setembro de 1822 o Brasil iniciou um processo de transformação, primeiro com a Declaração de Independência do Brasil e, depois em 25 de março de 1824 quando outorgou a Constituição do Império, marcada pela forte influência liberal que havia tomado conta da Europa e teve raiz na Constituição Francesa de 1814. Quanto mais os ideais iluministas ganhavam força, mais destoada ficavam as Ordenações Filipinas, motivo pelo qual surge em 1830 o chamado Código Criminal do Império, reconhecido como exemplo a ser seguido na medida em que passou a considerar e reconhecer alguns direitos individuais do cidadão perante o Estado (ESTEFAM, 2015, p. 67-71).

Embora mantidos resquícios da Idade Antiga, como as penas cruéis, a exemplo da pena de morte, o Código Criminal do Império iniciou um processo de humanização do Direito Penal, trazendo inovações significativas como a criação do sistema dia-multa, a atenuante da menoridade relativa e a indenização do dano *ex delicto* (ESTEFAM, 2015, p. 67-71).

Com a abolição da escravatura em 13 de maio de 1888, seguida da Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, o Brasil alcançou um novo patamar em seu processo evolutivo. Destes dois marcos históricos, seguiram o Código Penal de 1890 e a 1ª Constituição da República e 1891. O Código Penal de 1890 infelizmente apontou um retrocesso quanto a legislação penal, sendo marcado por inúmeras tentativas de reformulação durante seu período de vigência. No entanto, uma de suas características mais marcantes foi a abolição da pena de morte em tempo de paz (ESTEFAM, 2015, p. 72-74).

Em 1º de janeiro de 1942, passa a vigorar o Decreto Lei nº 2.848 de 7-12-1940, também conhecido como Código Penal de 1940, elaborado com base na então vigente Constituição Federal de 1937, “Constituição Polaca”, criada em meio ao antagonismo existente entre dois movimentos distintos, a saber a direita fascista com ideais de Estado autoritário, em contrapartida a esquerda com ideais socialistas e sindicais. O código de 1940 visou fundir as diretrizes tanto do pensamento clássico, quanto do pensamento positivista, pois, além de manter a exclusão da pena de morte do Código de 1890, deu maior ênfase as penas privativas de liberdade, dividindo-a em reclusão e detenção. Ademais, o Código de 1940 passou a regulamentar a aplicação de medida de segurança para os doentes mentais e aos réus imputáveis, no chamado “Sistema do Duplo Binário”, acrescentando o caráter preventivo das sanções penais (ESTEFAM, 2015, p. 74-75).

Em 1984, o então Decreto Lei nº 2.848 de 7-12-1940, “Código Penal de 1940”, passa por reformas em sua Parte Geral, visando acompanhar a dogmática vigente, influenciada pelos ideais finalistas. Tais mudanças afetaram principalmente as penas criminais, que voltaram esforços para uma nova função, a saber a ressocialização dos presos. Surge aí o modelo de cumprimento de pena privativa de liberdade na forma progressiva (ESTEFAM, 2015, p. 75-77).

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu corpo uma gama considerável de proteção aos direitos e garantias individuais e coletivas, novos princípios e regras foram adotados e implantados no sistema penal.

O sistema penitenciário surge como uma sistema complexo que interliga Constituição Federal, legislação penal e processual vigentes com os órgãos responsáveis pela segurança pública, investigação e processos criminais, além de definir e esmiuçar os diferentes estabelecimentos penais e as formas de execução de

cada sanção aplicada para a posterior reinserção do delinquente a sociedade, que serão abordados a seguir.

6 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PRESENTE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Conforme anteriormente mencionado, o sistema penitenciário surge como uma relação complexa que interliga Constituição Federal, legislação penal e processual vigentes com os órgãos responsáveis pela investigação e processos criminais, além de definir e esmiuçar os órgãos responsáveis pela segurança pública e os diferentes estabelecimentos penais com suas formas de execução penal. É o estudo que passa a ser realizado.

6.1 O Sistema Penitenciário Brasileiro Na Teoria

A Constituição Federal de 1988 atualmente vigente, apresenta-se como a Carta Suprema e tem a responsabilidade de conduzir a relação Estado-cidadão e cidadão-cidadão. Para tanto, abarca em seus dispositivos normativos temas variados como a estrutura do Estado, além de um extenso rol direitos e deveres sociais.

No que tange ao Sistema Penitenciário, a Constituição Federal é marcada por abordá-lo de diferentes maneiras, haja vista que não só conceitua e traça o perfil dos órgãos responsáveis pela segurança pública, conforme previsto nos artigos 144 e seguintes, como também traça princípios e regras sobre direitos mínimos que devem ser concedidos aos delinquentes, como quais as penas que podem ou não ser aplicadas, a forma como devem ser impostas, previstos no extenso rol de direitos e garantias individuais presentes no artigo 5º.

A segurança pública é entendida como sendo o bem estar do coletivo, provocado não só pela sensação de paz derivada da atuação efetiva do Estado na prevenção e correção da criminalidade, mas também na certeza de que toda a comunidade encontra-se suficientemente educada e disposta a manter a ordem social.

O ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em seu Livro *Direitos Humanos versus Segurança Pública*, deixa claro que a segurança pública “(...) não é atividade ou responsabilidade exclusiva da polícia civil ou militar. Cuida-se de dever de todos, em particular dos órgãos realmente vinculados à Justiça Criminal, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Judiciário.” (2015, p. 41).

Quando Nucci afirma que a segurança pública é dever de todos, está, na verdade, indicando a necessidade de uma atuação harmônica e comprometida de todos os órgãos públicos, em conjunto com uma sociedade consciente e engajada. (2015, p. 41).

A segurança pública tem seu foco principal na atividade preventiva e, para que isso aconteça, o Estado deve cumprir sua função social proporcionando os direitos previstos na Constituição Federal, alcançando principalmente a população de baixa renda a fim de reduzir a desigualdade e equilibrar a sociedade.

Para isso, o artigo 37, da Constituição Federal disciplina que Estado deve atuar seguindo princípios indispensáveis como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Isso porque, quando o Estado se compromete efetivamente com esses princípios, seus órgãos de atuação são devidamente aparelhados e compostos por profissionais íntegros, bem preparados e remunerados, o que afeta diretamente a qualidade do serviço revertido à população, que é impactada em suas diferentes necessidades e consegue perceber que todo o dinheiro recolhido pelos impostos é efetivamente revertido para o desenvolvimento homogêneo da comunidade.

Quando há lisura e efetividade na atuação estatal, a população percebe que a “lei” está sendo cumprida e isso motiva a população a atuar com o mesmo compromisso. Significa dizer que quando o Estado cumpre a sua função social, obedecendo a Constituição Federal e fornecendo direitos básicos com qualidade principalmente as classes sociais menos abastadas economicamente, tem mais chances de formar cidadãos de bem, pois uma pessoa bem educada, sadia e trabalhadora, torna-se um cidadão consciente e responsável o suficiente para compreender o espaço e os direitos dos demais cidadãos.

Em contrapartida, quando a atividade preventiva não alcança o cidadão e este se rende à criminalidade, a Constituição Federal lhe garante um mínimo de

dignidade. Através de um processo criminal rápido e eficiente, o Estado visa proporcionar duas respostas, sendo a primeira delas à sociedade, afirmando estar presente e disposto a restaurar a ordem, enquanto que para o cidadão infrator, o Estado busca puni-lo com a máxima eficiência e a mínima crueldade, para que ele seja capaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta e assim poder retornar a sociedade com seu caráter restaurado.

Para que isso aconteça, a Constituição Federal acaba por delegar às leis infraconstitucionais a regulamentação da forma de atuação punitiva do Estado.

Surge aí o Código Penal, legislação responsável por definir as condutas consideradas criminosas, bem como a forma e quantidade de pena para cada uma delas. Além disso, o Codex suso mencionado é responsável por determinar que o órgão acusador e o órgão julgador atentem para questões secundárias ao crime praticado, como as circunstâncias pessoais do agente, a personalidade, seu papel social, as consequências da infração cometida, suas motivações para praticá-la e também o papel da vítima.

Aos crimes mais graves, a Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8072/90, estabelece maior rigidez na resposta estatal. Em contrapartida, aos delitos menos graves e de menor reprovação social, a Lei 9099/95 surge com alternativas de punição menos intensas ao infrator, além de uma maior participação da vítima, que tem a possibilidade de atuar efetivamente para restaurar a ordem.

O Código de Processo Penal surge para disciplinar os procedimentos de investigação e instrução que culminam em uma sentença justa e livre de dúvidas. Com suas “vistas” e “prazos”, concede oportunidades para que a acusação e defesa apresentem suas alegações e anexem as provas que entendem cabíveis, enquanto que na audiência de instrução e julgamento, o juiz tem oportunidade de olhar nos olhos dos envolvidos e confrontá-los sobre o ocorrido, visando descobrir quem de fato diz a verdade.

Após um processo justo e com provas claras e contundentes, o órgão julgador, certo de que o réu é culpado, condena-o de forma fundamentada e coesa a uma pena condizente com sua conduta e efetiva perante a sociedade, restaurando a ordem e demonstrando sua presença efetiva na manutenção da segurança pública.

O infrator condenado é submetido à Lei de Execução Penal, que lhe garante o cumprimento da pena.

Para os condenados em regime fechado de privação de liberdade, a Lei de Execução Penal garante diversos direitos que o mantêm um ser humano digno, imóveis distantes dos centros urbanos, mas construídos com cela individual de 6 (seis) metros quadrados e salubre para cada preso, além de “alimentação suficiente”, vestuário, assistência moral, social, religiosa e educacional, sendo essa última obrigatória para o nível fundamental e médio, e facultativa para o nível de iniciação e aperfeiçoamento profissional. O preso também tem direito ao trabalho enquanto cumpre a pena, cuja remuneração é revertida primeiramente para indenizar os prejuízos provocados pela prática criminosa, depois para sustento de sua família, seguido de pequenas despesas pessoais até chegar ao ressarcimento do Estado pela sua manutenção.

Ao condenado em regime semiaberto de privação de liberdade, a Lei de Execução Penal garante o cumprimento da pena em colônias agrícolas ou industriais, salubres, com menor rigorismo e segurança em comparação as prisões, alojamentos coletivos para maior interação, desde que obedecido a seleção adequada de presos e respeitando a individualização da pena de cada um, além do direito ao estudo e trabalho, tanto para aqueles que iniciaram nesse regime, como também para aqueles que progrediram do regime fechado, a fim de que não percam a motivação, ou ainda para aqueles que descumpriram o regime aberto, a fim de que criem a responsabilidade que até então não demonstraram.

A Lei de Execução Penal estabelece o regime aberto inicial, para os condenados por crimes de pequena potencialidade lesiva, bem como para aqueles que progrediram do regime semiaberto, mediante condições gerais e obrigatórias como permanecer no local designado durante repouso e em dias de folga; não se ausentar da cidade sem autorização judicial e justificar suas atividades, sem prejuízo de condições especiais a depender do caso concreto, dando continuidade ao processo de ressocialização.

O regime aberto é desenvolvido nas Casas do Albergado, imóveis construídos por regiões e situados no centros urbanos e construídos sem obstáculos contra fuga, pois trabalham a disciplina e o senso de responsabilidade, como estágio final de ressocialização do delinquente, constantemente submetido a cursos e

palestras. Excepcionalmente, em casos de condenado com mais de 70 (setenta) anos; acometidos de doença grave; condenada gestante ou condenado com filho menor ou deficiente, a Lei de Execução Penal admite que o condenado cumpra pena em Prisão Domiciliar.

Vê-se, pois, que o Brasil é dotado de legislação ampla e precisa sobre a segurança pública, tanto em seu aspecto preventivo, quanto no seu aspecto repressivo.

O sistema penitenciário, que tem maior foco na vertente punitiva da segurança pública é devidamente delineado, com diferentes níveis de punição, mas quando analisadas sistematicamente, revelam um arcabouço preciso e progressivo no desenvolvimento humano do infrator, despertando seu subconsciente coletivo. Quanto mais brando o regime, mais confiança é dada ao infrator pelo Estado, que diminui os obstáculos contra fuga e aumenta a vivência entre os companheiros de regime, de forma a trazer à tona a necessidade de respeito mútuo como meta de equilíbrio social.

6.2 O Sistema Penitenciário Brasileiro Na Prática

Infelizmente, o sistema penitenciário brasileiro não tem seguido a teoria. Ao contrário, a segurança pública no Brasil, tanto no aspecto preventivo, quanto no aspecto punitivo, é totalmente divorciada da realidade.

No que tange à vertente preventiva da segurança pública o sentimento que se tem é de medo, pavor e insatisfação.

Isso porque, o Governo do país há tempos não goza de nenhum prestígio perante a sociedade. Ao contrário, os escândalos diários de corrupção envolvendo quantias astronômicas deixam claro que o país que mais cobra imposto no mundo nada faz além de encher os bolsos dos políticos, empresários e autoridades corruptas.

Licitações falaciosas, obras superfaturadas, apartamentos abarrotados de dinheiro, cargos infundáveis de assessores, verbas indenizatórias a perder de vista,

esquemas entre partidos são as notícias que tomam os jornais e revistas diariamente e retiram do cidadão qualquer fio de esperança por um país descente.

O dinheiro arrecadado com impostos, ao invés de retornar ao povo por meio da prestação de serviços é, na verdade, aplicado no bem estar e nas regalias da classe corrupta e seus familiares, que não fazem nem questão de esconder o absurdo, haja vista que os vídeos de ostentação são publicados nas redes sociais e só fazem rir da população.

Se o dinheiro arrecadado não é revertido à população necessitada, o abismo entre as classes sociais aumenta. A verba desviada evita o aparelhamento dos órgãos públicos, desestimulando os funcionários que, mal remunerados, deixam de exercer o trabalho de forma efetiva e consciente.

Não é necessário ler livros ou sequer pesquisar em noticiários as mazelas pelas quais passamos, pois nos saltam aos olhos os problemas sociais gravíssimos que temos enfrentado em nossa sociedade e todo o ciclo vicioso gerado por problemas sobre problemas: os serviços passam a ser prestados de forma deficiente, quando prestados. Filas intermináveis em hospitais sem vagas, sem médicos e sem aparelhagem condizente; escolas com professores mal remunerados e desestimulados com a falta de respaldo, tendo que educar crianças que não possuem nem mesmo base familiar, que por sua vez é destruída pelo desemprego, pela falta de oportunidades e muitas vezes pela falta de comida, de luz e água potável.

O bombardeio capitalista proporcionado pelos meios de comunicação desperta sentimentos negativos como a inveja, a cobiça e a revolta. Estrelas de televisão com seus padrões de beleza e envoltas de roupas, jóias, carros, casas e eletrônicos importados e supervalorizados despertam o desejo de todos os cidadãos que se veem em uma “corrida maluca” de aceitação social, que atualmente gira em torno do “ter” e não mais do “ser”.

Aqueles que não têm condições financeiras para acompanhar a evolução fútil, se veem relegados apenas a migalhas, distribuídas através de uma educação sucateada, pelo mal tratamento depois de horas de fila dos hospitais, pelas ruas esburacadas no bairro em que vivem, ou mesmo pela falta de luz e saneamento básico.

Aos poucos, cidadãos mais revoltados e destemidos começam a se rebelar com a total falta de igualdade entre as classes e as injustiças sociais, mas por não terem educação e formação social para uma mobilização pacífica e efetiva, não encontram outra alternativa senão iniciar uma empreitada criminosa como personagens de filmes onde roubam dos ricos para dar aos pobres.

Para aqueles que não têm coragem de desviar-se do caminho reto, resta a opção de trabalhar diariamente e apelar para crenças e credos, rezando para que as coisas mudem, mas certos de que a realidade não está nem um pouco propensa a alterações.

O cenário, hoje, parece simples e bem delimitado, pois, de um lado, está o crime de colarinho branco, caracterizado pela corrupção e pelo jogo de interesses existentes na “ilha fantasiosa” da classe rica, que trancafiada em condomínios luxuosos e protegidas por carros blindados e seguranças armados, “pisam no pescoço” da população quando desviam o dinheiro público e sucateiam o serviço prestado à comunidade; do outro, está a criminalidade pobre, composta por pessoas enraivecidas e descontentes com a realidade, mas que querem ser aceitas na sociedade ostentando bens que ilicitamente tiraram de alguém que licita e sofridamente os adquirira; finalmente, no meio do “fogo cruzado” está a classe trabalhadora, que labuta o mês inteiro, paga impostos aos montes e junta moedas para comprar um celular de última geração em doze suaves prestações, que acaba subtraído pelo assaltante do ônibus que o intercepta a caminho do trabalho.

Em síntese, o país do “jeitinho brasileiro” é, hoje, marcado não só pela falta de comprometimento estatal, seja na execução da política pública, seja na sua fiscalização, mas também pela conseqüente descrença e egoísmo do cidadão, cada vez mais individualista e afastado do consciente social.

Essa é a posição do Ilustre Doutrinador Jesús-Maria Silva Sánchez, que em sua obra intitulada “A Expansão do Direito Penal”, disciplina que (2013, p. 44):

E certamente esse é o modo social hoje dominante do “individualismo de massas”, no qual “a sociedade já não é uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses.

Aos poucos, o conceito “solidário” de sociedade empregado nos belos dispositivos redigidos na Constituição Federal dão lugar ao conceito “solitário” vivenciado nas ruas.

No mesmo sentido, o sociólogo Zygmunt Bauman, na obra *Cegueira Moral*, em que partilha ideias com o coautor Leonidas Donskis, ensina que (2014, p. 127/128):

Com o aprofundamento e a consolidação das diferenças humanas em quase todos os ambientes e vizinhanças, um diálogo respeitoso e simpático entre as diásporas se torna condição cada vez mais importante, na verdade crucial, para a sobrevivência planetária comum.

Referido trecho deixa claro, assim como as diretrizes constitucionais, que o “segredo do sucesso” está no diálogo e no comprometimento mútuo e honesto dos órgãos públicos, em conjunto com uma sociedade engajada e consciente coletivamente, voltados ao bem estar social e não apenas no individual.

Se a vertente preventiva da segurança pública está em colapso pela individualidade e falta de honestidade, melhor sorte também não socorre a vertente punitiva da segurança pública, haja vista a íntima ligação entre elas.

Quanto maior a individualidade entre os cidadãos, menor a preocupação com o bem estar social e, quanto maior a desigualdade entre as classes, maior a criminalidade.

Se o Estado e a sociedade não conseguem um diálogo comprometido e eficiente para prevenir a criminalidade, também não têm obtido êxito nas tratativas sobre a punição dos delinquentes.

A presença constante do Direito Penal Simbólico no cotidiano é uma prova da relação divorciada na relação entre o Estado e a população, haja vista ser um instrumento que visa apenas e tão somente ludibriar a sociedade, enganando-a com a falsa sensação de restauração da segurança.

O efeito placebo provocado pelo Direito Penal Simbólico reside no fato de o Estado criar um tipo penal logo depois que um fato semelhante provocou revolta social. Ao invés de o Estado exercer de forma eficiente a segurança pública, aparelhando os órgãos responsáveis e aumentando o contingente atuante, prefere

“tapar o sol com a peneira” criando um novo tipo penal e torná-lo público, para que a sociedade reconheça a sua “força atuante” e se sinta mais segura.

A consequência de tal comportamento é a chamada “Hipertrofia Legislativa”, caracterizada pelo infindável número de delitos, na esmagadora maioria das vezes mal redigidos, dotados de penas desproporcionais e muitas vezes idênticos a outros delitos outrora criados, que acabam por congestionar não só o Código Penal, mas também as inúmeras leis esparsas que, aos poucos, ganharam força no ordenamento jurídico penal.

Consequência lógica da previsão de infindáveis condutas como sendo criminosas, é o aumento de processos na ceara criminal, abarrotando e congestionando o Judiciário. Condutas que poderiam ser resolvidas em outras esferas do direito, são lançadas a esmo na justiça criminal, que passou de última para uma das principais *ratios* de solução de conflitos.

Nesse sentido é o pensamento compartilhado pelo Ilustre Doutrinador Rogério Greco, que em sua obra intitulada Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas, disciplina que (2016, p. 228):

A inflação legislativa, fruto de um Direito Penal simbólico, permite que fatos de pequena ou nenhuma importância sejam julgados pela Justiça Criminal, fazendo com que o sistema fique superlotado com pessoas que poderiam ser punidas pelos demais ramos do ordenamento jurídico, a exemplo do civil e do administrativo.

O abarrotamento do Judiciário com a instauração de demandas criminais, diariamente, culminam no ferimento frontal de alguns princípios constitucionais como a duração razoável do processo, devido processo legal e o contraditório.

Com juízes e promotores cumulando diferentes varas, atrelados à falta de escreventes, peritos e oficiais de justiça, provocam processos demasiadamente demorados e mal instruídos.

Não existe identificação com o caso, o promotor que se convenceu da denúncia não é o mesmo que exerce o memorial oral, assim como o juiz que delimita a instrução não é o mesmo que prolata a sentença. O resultado comum no cotidiano

forense é o jovem que cometeu crime com determinada idade, sendo preso muitos anos após, quando já estava trabalhando e sustentando mulher e filhos.

A falta de respaldo efetivo do Estado para com os funcionários da justiça e da segurança pública provoca também a desorganização processual e a total falta de obediência as regras e princípios previstos na Constituição e legislação infraconstitucional.

Ao final, depois de um processo longo, tormentoso e demasiadamente frágil, o réu chega para o cumprimento de pena e se depara com a realidade totalmente divorciada dos artigos previstos na Lei de Execução Penal. A respeito veja-se.

Para os condenados em regime fechado de privação de liberdade, a cela de fato contém seis metros quadrados, mas ao contrário do que fala a Lei de Execução Penal não é individual e, mais que isso, está povoada em número muito além de sua real capacidade e, por isso, não possui nenhuma condição de salubridade.

Como bem resume Foucault, de forma simples e direta acerca dos mecanismos de poder sobre os marginalizados: “Sim, a prisão foi o grande instrumento de recrutamento. A partir do momento em que alguém entrava na prisão, acionava-se um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinqüente” (2015, p. 219).

Apesar da utilização, pelo filósofo, de termos pretéritos, esta é a realidade mais do que atual no Brasil.

Furtadores ficam na mesma cela que roubadores, sequestradores, traficantes, homicidas e estupradores, que em virtude da falta de jornada de trabalho e de estudo, permanecem trancafiados em total ócio, não fazendo outra coisa senão trocar experiências e contatos criminosos.

O ilustre Doutrinador Rogério Greco, em sua obra intitulada Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas, lamenta a falta de classificação entre os presos ao dizer que (2016, p. 229):

O sistema penitenciário resente-se da falta de classificação dos presos que nele ingressam, misturando delinquentes contumazes, muitas vezes pertencentes a grupos criminosos organizados, com condenados primários, que praticaram infrações penais de pequena importância. Essa mistura faz

com que aquele que entrou pela primeira vez no sistema, ao sair, volte a delinquir, ou mesmo que seja iniciado na prática de infrações penais graves, por influência dos presos que com ele conviveram durante certo período.

Ao falar sobre a falta de programas efetivos de trabalho e estudo para os presos, o Ilustre Doutrinador Rogério Greco, em sua obra intitulada “Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas”, acrescenta ainda a que (2016, p. 229):

A ausência de programas nesse sentido, no entanto, faz com que o preso aguarda, ociosamente, o seu cumprimento de pena. Na verdade, como já frisamos anteriormente, se o Estado não cumpre sua função ressocializadora, os demais condenados, já *experts* em criminalidade, cumprirão o seu papel de transformar, para pior, aquele que ingressou no sistema.

Percebe-se, pois, o Poder Executivo não cumpre as determinações previstas na legislação elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo próprio Executivo.

Significa dizer que o Poder Executivo teve a oportunidade de alterar a lei em sua formação, mas preferiu promulgá-la concordando com seus dispositivos. Todavia, revela total descaso no seu cumprimento, na medida em que relega aos detentos direitos mínimos assegurados por lei e pela Constituição, como salubridade, trabalho e educação que são condições mínimas para que um indivíduo viva com dignidade.

Aos condenados em regime semiaberto, a desilusão é semelhante, na medida em que a realidade mostra a quase inexistência de colônias agrícolas ou industriais. Ou seja, o regime semiaberto é quase inexistente ante a falta de estabelecimentos condizentes.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra “Direitos Humanos Versus Segurança Pública”, retrata não só a falta de colônias agrícolas ou industriais, mas também a precariedade das poucas existentes, ao dizer que (2016, p. 148-149):

Vê-se, hoje, um sistema igualmente *quebrado*, que não presta aos reclamos legais. Para suprir as deficiências do Poder Executivo, muitos juízes,

responsáveis pela execução da pena, terminam por autorizar o condenado a trabalhar, fora da colônia, como regra. Ora, se assim for feito, a colônia se transforma em verdadeira casa do albergado, típica do regime aberto.

Guilherme de Souza Nucci, acrescenta ainda que outros juízes, ao invés de permitir o trabalho fora da colônia, mantém os réus em regime mais rigoroso, em suas palavras (2016, p. 149):

Não bastasse, há outros defeitos a considerar: a) infringe-se o direito do preso em regime fechado, quando este obtém do juiz o direito à progressão do fechado ao semiaberto e o Poder Executivo não o transfere, alegando falta de vagas. Cria-se uma lista de espera, o que é absurdo.

Por fim, o regime aberto não é diferente dos demais já vistos, haja vista a quase inexistência de Casas do Albergado.

A alternativa cômoda do governo acomodado foi tornar a prisão albergue domiciliar uma regra, não mais exceção, de modo a colocar os sentenciados desse regime para cumprir a pena em casa.

Não é preciso nem dizer que se não existe o estabelecimento de cumprimento de pena, a fiscalização fora dele segue a mesma direção.

Novamente, Guilherme de Souza Nucci não foge ao assunto, sendo crítico e coeso ao dizer que (2016, p. 149):

O regime aberto, a ser cumprido em Casa de Albergado, inexistente, na prática, no Brasil. Optou o Judiciário por calar-se ante a omissão do Executivo, que não criou as Casas do Albergado determinadas em lei, autorizando que todos os sentenciados fossem encaminhados para a chamada prisão albergue domiciliar (PAD), prevista no art. 117 da Lei de Execução Penal somente em casos excepcionais.

Vê-se, pois, que o Brasil é dotado de legislação ampla e precisa sobre a segurança pública, mas a prática é totalmente divorciada da realidade, seja na etapa processual, seja na execução da pena, o Governo não oferece respaldo aos funcionários atuantes, tampouco aos réus que cumprem pena.

A falta de respaldo para a organização e melhora do sistema carcerário parece ter seus motivos.

Isso porque condenados definitivamente não votam e, se não votam, não elegem. Logo, os condenados não tem voz política atuante, na medida em que não angariam votos, e por isso, não despertam atenção política. A população, por sua vez, cansada da sensação de insegurança, anseia para que os delinquentes sofram todo o mal possível dentro das cadeias, como forma de pagar pelo mal que causaram, pois na esmagadora maioria das vezes, a falta de trabalho remunerado impossibilita que os presos indenizem os prejuízos suportados pelas vítimas (GRECO, 2015, p. 226).

Assim, torna-se interessante para a sociedade calar-se sobre as condições atuais dos presos, pois, o sofrimento do condenado na prisão gera uma falsa sensação de compensação pelo mal praticado.

Mas o que a grande maioria da população não enxerga, é a mensagem final do professor Rogério Greco, em sua obra intitulada Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas, que assim finaliza a (2015, p. 240):

Nunca devemos esquecer que os presos ainda são seres humanos e, nos países em que não é possível a aplicação das penas de morte e perpétua, em pouco ou em muito tempo, estarão de volta à sociedade. Assim, podemos contribuir para que voltem melhores ou piores.

Vale dizer, não há dúvidas de que o comportamento omissivo e revoltado da sociedade não serve para combater a criminalidade e satisfazer a segurança pública, mas ao contrário, faz-se necessário uma população mobilizada e atuante que lute pelos direitos dos reclusos, a fim de que eles tenham a oportunidade e a consciência sobre o impacto positivo que a ressocialização tem para a comunidade.

6.3 O Estado De Coisas Inconstitucional E A Realidade Do Sistema Penitenciário Brasileiro

Diante de todo o exposto, percebe-se, claramente, que o sistema penitenciário Brasileiro encontra-se em estado crônico de violação constitucional, não havendo outra solução senão reconhecer a existência do Estado de Coisas Inconstitucional.

Isso porque, conforme observado, a realidade do sistema penitenciário brasileiro preenche todos os pressupostos caracterizadores necessários ao reconhecimento desse instituto, anteriormente estudados. A respeito veja-se.

O primeiro pressuposto é a violação diária e massiva de direitos e garantias fundamentais dos presos. Carlos Alexandre de Azevedo Campo, em sua obra intitulada Estado de Coisas Inconstitucional, disserta que (2016, p. 271-272):

Além do mais, diversos direitos básicos, cujo gozo em níveis mínimos compõe o direito fundamental ao mínimo existencial, não fazem parte da vida dos presos: saúde, educação, alimentação, assistência judiciária, trabalho, previdência e assistência social. Além da legislação interna, o que inclui a Lei de Execução Penal, de 1984, a violação massiva de direitos fundamentais dos presos também implica afronta a diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ofendendo ainda, de forma ostensiva, a Lei de Execução Penal, de 1984.

Presídios superlotados, onde detentos permanecem amontoados sem condições mínimas de salubridade e em ócio total pela falta de trabalho e estudo, transformam o ambiente em um local perigoso ante a troca de experiências criminosas, bem como promíscuo e propenso a inúmeras doenças contagiosas como AIDS, tuberculose e hepatite. Como exemplo dessa realidade, Dráuzio Varella, em “Estação Carandiru”, relata a realidade da maior prisão já existente no país, realidade esta que é notadamente repetida em quase que a totalidade dos presídios brasileiros (2015, p. 11; 17-19; 26; 62):

“A detenção tem mais gente do que muita cidade. São mais de 7 mil homens, o dobro ou o triplo do número previsto nos anos 50, quando foram construídos os primeiros pavilhões. Nas piores fases, o presídio chegou a conter 9 mil pessoas. (...) por necessidade de proteção aos marcados para morrer, a direção foi obrigada a criar um setor específico no térreo, a ‘Masmorra’, de segurança máxima – o pior lugar da cadeia. (...) Ambiente lúgubre, infestado de sarna, muquirana e baratas que sobem pelo esgoto. Durante a noite, ratos cinzentos passeiam pela galeria deserta. (...) A Masmorra é habitada pelos

que perderam a possibilidade de conviver com os companheiros. Não lhes resta outro lugar na cadeia. (...) Mofam trancados até que a burocracia do Sistema decida transferi-los para outro presídio. (...) No segundo andar, há um trecho da galeria cujas celas são identificadas com um cartão afixado: 'DM', sigla que identifica os 'doentes mentais'. O critério para lhes atribuir tal rótulo é incerto, uma vez que não existe serviço especializado em psiquiatria na Casa. (...) Como nos manicômios do século XIX, passam o tempo reclusos em seus xadrezes. A medicação psiquiátrica que recebem é praticamente a mesma para todos. (...) No Nove, existem duas celas de triagem com um número de prisioneiros que pode chegar a trinta, dormindo no chão, espremidos, tomando cuidado para não encostar o rosto nos pés do companheiro. (...) A assistência médica no presídio era precária para enfrentar uma epidemia como aquela. Para cuidar dos 7 mil prisioneiros, havia 10 médicos, se tanto. Os baixos salários e a falta de condições de trabalho haviam corroído o ânimo da maioria, de tal forma que poucos, deste grupo já pequeno, exerciam a função com dignidade.”.

O segundo pressuposto é a falha estrutural provocada pela inexistência de diálogo honesto e comprometido por parte dos órgãos públicos que atuam nesse ramo, atrelado a falta de orçamento e também pela ausência de subconsciente coletivo por parte dos cidadãos.

A ausência de comprometimento do Poder Executivo em cumprir as leis que ele próprio promulgara agrava ainda mais a situação, pois a busca por políticas públicas dá lugar ao efeito placebo de instrumentos como o Direito Penal Simbólico que não só proporcionam a falta sensação de intervenção estatal, como também só fazem propagar o Direito Penal Máximo e a sua cultura de prisão.

Consequência lógica da falta de efetividade dos instrumentos retro mencionados foi a explosão da população carcerária ocorrida no país, que de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional em parceria com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, atingiu o número expressivo de 726.712 pessoas privadas de liberdade até o mês de junho/2016, cifra muito além das vagas existentes, a saber 368.049 na mesma época¹

Importante ressaltar que, grande parte desta população carcerária é composta por presos provisórios, que aguardam o julgamento privados de sua liberdade. Pessoas que muitas vezes cometeram crimes de pequena e média periculosidade passaram a ocupar os presídios, aguardando o desfecho tardio dos

¹ Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf> > Acesso em 14 de janeiro de 2017

processos e cientes de que, ao final, serão soltas com base na dosimetria, na fixação do regime e na quantidade de benefícios disciplinados nos dispositivos Código Penal.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional em parceria com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, os presos provisórios atingem a marca de 292.450 pessoas até o mês de junho/2016, o equivalente a 40,2% da população carcerária brasileira².

Misturados a presos de diferentes periculosidades, os presos provisórios trocam experiências delitivas, aumentando não só sua própria periculosidade como também o nível de reincidência, que eleva ainda mais a criminalidade e a sensação de insegurança pública.

O terceiro pressuposto é a necessidade de atuação conjunta do estado e da população na cura desse câncer que só faz se alastrar. Nesse sentido estão as palavras dos sociólogos Zygmunt Bauman e Carlos Bordoni (2016, p. 16):

Falando de crise de qualquer natureza que seja, nós transmitimos em primeiro lugar o sentimento de incerteza, de nossa ignorância da direção que as questões estão prestes a tomar, e, secundariamente, do ímpeto de intervir: de escolher as medidas certas e decidir aplica-las com prestreza. Quando diagnosticamos uma situação de “crítica”, é exatamente isso que queremos dizer, a conjunção de um diagnóstico e um chamado a ação.

O sociólogo foi cirúrgico em seu ensinamento, que se amolda perfeitamente ao tema ora tratado. Isso porque os dois primeiros pressupostos para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional revelam a constatação da situação crítica, a saber a comprovação da violação massiva de direitos e garantias fundamentais em conjunto com a omissão estatal derivado de sua ampla falha estrutural, enquanto o terceiro requisito provoca o “*ímpeto de intervir*”, que deve ser desenvolvido pelo Estado em conjunto com a população, através de um diálogo harmônico, honesto e comprometido com o bem estar coletivo.

Por fim, o quarto e último pressuposto é o efeito direto provocado na máquina judiciária, que além de encontrar-se amontoada de processos derivados do

² Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf> > Acesso em 14 de janeiro de 2017.

Direito Penal Simbólico, ainda tem que voltar forças para solucionar processos criados a partir de tantas violações provocadas pelo defasado sistema punitivo estatal.

O estado na função de guardião de pessoas e coisas, responde objetivamente pela passividade no cuidado para com seus detentos, provocando uma enxurrada de ações de indenização por dano moral e material.

Funcionários mal remunerados e mal preparados, muitas vezes chantageados por detentos de alta periculosidade, abusam de suas atribuições provocando processos dos mais variados como por exemplo registros de tortura.

6.4 Algumas Medidas Penais Palpáveis para Amenizar a Problemática Carcerária

Embora crítica, a realidade do sistema penitenciário brasileiro pode ser melhorada, amenizando parte do impacto negativo que tem causado tanto nas pessoas presas, quanto aos cidadãos que acolhem os egressos cada vez mais violentos e reincidentes.

O ativismo judicial é uma das ferramentas que podem ser melhor exploradas, através da elaboração de decisões estruturais, o Judiciário, por meio de sua Suprema Corte, tem poderes para superar bloqueios burocráticos e institucionais e motivar a celeridade e a efetividade na criação e na implementação de políticas públicas.

As chamadas sentenças estruturais, anteriormente estudadas, são aplicadas em casos graves como situações em que se verificam o Estado de Coisas Inconstitucional, no entanto, não são utilizadas como forma de supremacia do Judiciário sobre os demais poderes. Ao contrário, as sentenças estruturais prolatadas pela Corte Máxima do Judiciário, nada mais são do que uma forma de impor à sociedade e aos demais órgãos e poderes públicos, a necessidade de mobilização e discussão sobre soluções mais eficazes e menos dispendiosas que, se não resolvam por completo, ao menos amortizam a realidade vivida.

Ou seja, a imposição das sentenças estruturais em nada prejudica o regime democrático pregado pela Constituição Federal, eis que a democracia busca exatamente o mesmo objetivo, qual seja o diálogo harmônico, honesto e efetivo entre órgãos e poderes públicos com a sociedade organizada e engajada. Nesse sentido, leciona o Ilustre Doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campo, em sua obra intitulada Estado de Coisas Inconstitucional, ao dissertar a que “sob o ângulo da democracia representativa, o ECI envolve proteção de direitos e classes de pessoas que, via de regra, não possuem voz junto aos representantes políticos.” (2016, p. 303).

Pensamento semelhante já apontado transcrito anteriormente é aquele apontado pelo ilustre doutrinador Rogério Greco, em sua obra intitulada Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas, reforçado por ele com os seguintes dizeres que (2016, p. 226):

A causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes que, mesmo veladamente, no fundo, a aceitam como forma de punição para aquele que praticou a infração penal. Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos.

Vê-se, pois, que o assunto sistema penitenciário é, de fato, desinteressante tanto no aspecto político quanto no aspecto social.

Todavia, embora desinteressante, não deixa de ser um tema essencial a questão da segurança pública, na medida em que um sistema penitenciário efetivo contribui diretamente para uma melhor ressocialização do condenado, ao passo em que diminui significativamente tanto a probabilidade de reincidência quanto o nível de periculosidade.

Assim, não há dúvidas de que a sentença estrutural é mecanismo judicial totalmente democrático, na medida em que aumenta as possibilidades de comunicação social, aproximando a sociedade das decisões governamentais sobre o tema e, assim, tem maiores chances de êxito nos planos e metas definidos.

A ADPF nº 347/DF, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, foi a primeira demanda no Brasil a pleiteando, expressamente, não só o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário, mas também reivindicando uma série de medidas de natureza estrutural para sanar a violação

massiva dos direitos e garantias fundamentais. Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, a ADPF nº 347/DF demonstrou o preenchimento de cada um dos requisitos necessários a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional e atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do poder judiciário brasileiro, a responsabilidade de mobilizar os demais poderes públicos para atuarem conjuntamente na solução ou pelo menos na amortização do problema (CAMPOS, 2016, p. 285-287).

Depois de analisados todos os fundamentos e pedidos, cautelares e definitivos, o Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ilustre Doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campo, em sua obra intitulada Estado de Coisas Inconstitucional, reconheceu que (2016, p. 290):

A maioria dos ministros reconheceu, expressamente, estar presente um ECI. (...) Todos concordaram que, ante a violação massiva de direitos fundamentais, o Tribunal deveria intervir, inclusive, sobre a escolha orçamentária de contingenciamento de recursos.

Em caráter de urgência, acolhendo pedidos de natureza cautelar, o Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ilustre Doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campo, em sua obra intitulada Estado de Coisas Inconstitucional, entendeu por bem (2016, p. 289):

Na apreciação da medida cautelar, o Supremo, por maioria, deferiu-a parcialmente, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento do recolhimento, e à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Percebe-se, pois, que as sentenças estruturais são de grande valia na medida em que forçam a união e o diálogo entre todos os órgãos públicos, fiscalizadores e executores, para que juntamente com a sociedade, devidamente mobilizada e consciente, busquem soluções alternativas e eficientes para a solução do quadro negativo.

Outra ferramenta de grande valia é a chamada “justiça restaurativa” praticada por meio da técnica de mediação, que atribui à vítima papel fundamental na resolução da lide. Nas palavras do Ilustre Doutrinador Rogério Greco, em sua obra *Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas*, afirma que (2016, p. 270):

É importante salientar que a mediação penal veio para dar voz à vítima e, por outro lado, evitar a desnecessária prisão do autor do fato. Quando o Estado chamou para si a responsabilidade de dizer o direito (*jus puniendi*), impedindo a vingança privada, deixou de lado a vítima da infração penal. Agora, através da mediação penal, a vítima é resgatada, ou seja, sua voz será ouvida e valorizada.

A “justiça restaurativa” revela instrumento fundamental para combater dois graves problemas, a saber: o abarrotamento de processos vivido pelo Judiciário e a explosão carcerária, ambos derivados do Direito Penal Simbólico e de sua consequente “Hipertrofia Legislativa”.

Através das técnicas de mediação, a “justiça restaurativa” coloca frente à frente os infratores e suas vítimas, que auxiliados por um mediador designado pelo judiciário, têm condições de colocar fim nos processos instaurados para apurar infrações de pequeno, e muitas vezes até médio potencial ofensivo.

Instrumento de solução de conflitos de grande valia, haja vista a possibilidade de solução rápida dos infundáveis processos e termos circunstanciados envolvendo idênticas, como por exemplo, delitos de ameaça e importunação ofensiva ao sossego envolvendo vizinhos.

A mediação permite que réu e vítima discutam o problema e cheguem a uma solução por mútuo acordo, que é bem vinda a ambos os lados, ao invés de deixar ao puro arbítrio do juiz, que muitas vezes acaba decidindo apenas com base nas provas documentais que estão por demais distantes da realidade.

Outra solução plausível é a “monitoração eletrônica”, que pode ser aplicada a infratores primários, ou mesmo reincidentes, mas que cometeram crimes de periculosidade pequena ou mediana, sem violência ou grave ameaça à pessoa. Nas palavras do Ilustre Doutrinador Rogério Greco, em sua obra *Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas*, afirma que (2016, p. 287):

Com isso, a utilização das alternativas tecnológicas impedirá o problema, hoje crônico, da chamada superlotação carcerária, permitindo que somente os casos mais graves, extremados, que requeiram um tratamento mais rigoroso, possam ainda, enquanto não surgir outra alternativa, ser, efetivamente, segregados nos centros penitenciários.

Percebe-se, pois, que a monitoração eletrônica é uma forma de vigiar e fiscalizar o infrator sem colocá-lo em cárcere e misturado aos mais diversos e perigosos criminosos.

Além disso, quando o réu é monitorado eletronicamente, pode permanecer em convívio familiar, fator importante em seu processo de ressocialização, além de ter condições de manter uma rotina de trabalho e estudo, o que não poderia desfrutar estando trancafiado.

Importante ressaltar que em um país de dimensões continentais, a solução do sistema carcerário vivenciado pelo Brasil passa, indispensavelmente, por um esforço coordenado dos órgãos públicos executores e fiscalizadores em nível nacional, estadual e municipal, atrelados a efetiva participação social.

Quando os órgãos e Poderes Públicos dialogam e se comprometem, o desenvolvimento das políticas públicas tende a ser mais efetivo, produzindo resultados satisfatórios.

Ademais, quando a população também é mobilizada e resolve contribuir, de fato, para a promoção de políticas públicas, automaticamente possui maiores condições de fiscalizar o processo executório, na medida em que conhece os responsáveis por cada função delegada pelo poder público, podendo supervisioná-los com maior afinco.

Esse comportamento facilita, e muito, o trabalho dos órgãos públicos fiscalizatórios, em especial do próprio poder Judiciário que prolatou a decisão estrutural, na medida em que a fiscalização comunitária direciona a cobrança realizada pelos juízes, otimizando o processo logístico e organizatório.

Enfim, o êxito de todas essas ferramentas sobre a criação, a implementação e a efetividade de políticas públicas, depende da colaboração e do comprometimento de todos os órgãos fiscalizadores e executores, juntamente com uma sociedade mobilizada e consciente de sua parcela de responsabilidade.

7 CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho científico, foi possível chegar a inúmeras conclusões relevantes, que devem ser minuciosamente explicitadas neste tópico. Basicamente, todos os pontos finais culminam para a construção e relevância da efetiva garantia dos direitos fundamentais historicamente angariados, pois é justamente a ineficácia na garantia destes direitos que ocasionou a necessidade de se tratar acerca do tema central desta pesquisa.

Por primeiro, concluiu-se que o movimento constitucionalista foi e sempre será um marco de suma relevância na compreensão de nosso atual estado político, social e jurídico. Isso porque, é a Constituição a Carta Magna de um Estado, o espelho de seu modelo e da sociedade que a ela se curva. Ao chegarmos ao neoconstitucionalismo, é possível enxergar uma realidade pós-guerra, pós-ditadura e

pós-autoritarismo em que há a máxima previsão de garantias e direitos fundamentais possíveis, sejam eles de liberdade, de igualdade ou de fraternidade.

Foi possível concluir, também, pela importância que um efetivo controle de constitucionalidade exerce na fiscalização da concreta e correta aplicação dos direitos constitucionalmente previstos, tendo em vista que, pelo controle de constitucionalidade eficazmente exercitado pelo Poder Judiciário, é possível determinar, especialmente, que se supram as omissões legislativas que, atualmente, são uma das principais causas de proteção deficiente aos direitos fundamentais, bem como também é possível proporcionar a integração entre as diferentes esferas de Poder, para que, em conjunto, possam atuar na tutela efetiva destes direitos a todos os cidadãos, inclusive aos menos favorecidos economicamente que, na maioria das vezes, são vítimas de toda a marginalização causada pela crise do Sistema.

Sobre os sistemas que influenciaram o controle de constitucionalidade brasileiro, o caso “Marbury versus Madison” fixou a supremacia da Constituição, o juiz como intérprete último do Texto Maior e a competência do Judiciário para invalidar atos contrários à Carta Magna. É, sem dúvida, o precedente mais lembrado pela doutrina quando se trata de controle de constitucionalidade.

Após detalhada análise acerca de toda a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, chegou-se à conclusão de que a Constituição Federal de 1988, vigente até os dias atuais, foi a que trouxe inovações mais relevantes no que concerne à proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista que ampliou o rol de legitimados para as ações de controle, bem como introduziu ao sistema novas espécies de ações: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental as Ações Declaratórias de Omissão e o Mandado de Injunção – ações estas que se mostram primordiais ao tema central deste trabalho.

Desta forma, o Poder Judiciário não só possui a competência para anular atos que são contrários ao nosso Texto Maior, mas também tem a competência (e o dever) de exigir do Poder Legislativo a confecção de normas que se destinam a efetiva garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Importante conclusão alcançada por este trabalho foi pela ausência ou insuficiência na fiscalização na efetividade de normas constitucionais de eficácia plena

ou contida, pelo fato da doutrina e jurisprudência, em sua grande maioria, acreditarem que tais normas, por possuírem aplicação imediata, não precisam de tal atenção. Isso faz com que muitos direitos fundamentais acabem por serem verdadeiramente omitidos pelos órgãos públicos, ocasionando uma massiva violação contra os cidadãos.

Concluiu-se que há, de fato, uma verdadeira confusão entre os planos de existência e de efetividade das normas constitucionais, especialmente as de eficácia plena e contida, razão pela qual muitos direitos de segunda geração (como, por exemplo, saúde, educação e saneamento básico) acabem por ficar sem qualquer regulamentação infraconstitucional e, conseqüentemente, sem qualquer efetividade em prol da sociedade. Referida omissão demanda, portanto, de uma atuação proativa do Estado, com um trabalho conjunto entre os Poderes.

Como consequência da falta de operabilidade entre o Poder Legislativo (órgão criador) e o Poder Executivo (órgão executor), a sociedade acaba por ter de acionar o Poder Judiciário na busca pela efetividade de seus direitos, o que resulta numa infindável quantidade de demandas judiciais. Essa violação massiva a direitos e garantias constitucionais fez com que se iniciasse a discussão acerca do que se denominou “Estado de Coisas Inconstitucional”.

A partir do momento em que se verifica a presença do Estado de Coisas Inconstitucional, o Poder Judiciário sai em defesa da sociedade e profere decisões com grande carga proativa, ao exigir dos demais Poderes condutas comissivas, rápidas e eficazes, no sentido de garantir aos cidadãos lesados (diretamente) e a toda a sociedade (indiretamente) os direitos e garantias já previstos constitucionalmente.

Concluiu-se, pois, pela presença de quatro pressupostos para que decisões dessa espécie possam ser proferidas diante da presença de um Estado de Coisas Inconstitucional, quais sejam: a) a violação massiva, diária e intensa, a direitos fundamentais em razão de omissão do Poder Público; b) falha estrutural na elaboração de políticas públicas; c) a presença de alternativas e soluções a curto, médio e longo prazo para que tais violações não voltem a acontecer; d) a pluralidade de cidadãos afetados e de ações judiciais que buscam, basicamente, a mesma resposta: ação do Poder Público perante suas mazelas.

Frisa-se que o Estado de Coisas Inconstitucional, embora tenha sua origem no âmbito internacional, com as chamadas sentenças estruturais, já fora expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

É fundamento do Estado de Coisas Inconstitucional a Teoria da Justiça, segundo a qual o legislador, ao editar as leis, deve levar em consideração as desigualdades entre as pessoas e proporcionar-lhes direitos e oportunidades de acordo com essas desigualdades. Quando o legislador democrático falha em sua função, no entanto, deve ser acionado o Poder Judiciário, que proferirá decisões impondo que o Poder Público supra as necessidades dos cidadãos. É, também, fundamento do Estado de Coisas Inconstitucional o neoconstitucionalismo, que traz consigo Constituições com grandes cargas valorativas, abarcando direitos e garantias de primeira e segunda gerações.

Foi possível concluir, também, que a conduta ativista do Poder Judiciário, ao proferir decisões que provocam os Poderes Legislativo e Executivo a agirem proativamente, inclusive fiscalizando-os e impondo sanções em caso de descumprimento de suas ordens, fez que com que surgissem inúmeras críticas negativas ao Judiciário, especialmente por parte dos Poderes atacados. Argumenta-se que os juízes não são *experts* em políticas públicas e que não possuem legitimidade democrática para atuarem tão diretamente em prol da população. Concluiu-se, no entanto, que tais argumentos não devem prosperar.

Isso por que, os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo são harmônicos entre si, sendo todos eles responsáveis pelo efetivo cumprimento dos preceitos constitucionais. Ademais, os Poderes eleitos pelo povo devem honrar com sua promessa de efetividade dos direitos e garantias aos cidadãos, cumprindo com seu dever de forma criteriosa.

Após singelo estudo sobre as penas privativas de liberdade, sua origem e suas escolas, foi possível chegar ao estudo das mazelas e da crise que hoje assola o sistema penitenciário brasileiro, que é onde o Estado de Coisas Inconstitucionais mais facilmente pode ser encontrado de forma concreta. Concluiu-se, pois, que o sistema carcerário que deveria existir, de acordo com todos os preceitos constitucionais e infraconstitucionais trazidos pela legislação brasileira, é deveras distante do sistema carcerário que realmente existe.

Tarefa difícil foi enumerar a infinidade de problemas e questões – sociais, políticas e jurídicas – que podem ser apontadas como causadoras de toda a crise existente. Corrupção política, desvio de verbas públicas, hipertrofia legislativa, Direito Penal simbólico, capitalismo exacerbado, ausência de diálogo entre os órgãos públicos foram apontados como principais fatores responsáveis pela atual situação de aflição não apenas os presídios, mas toda a população que fica à margem da sociedade.

A violação aos direitos fundamentais é explícita, revelando um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional dentro dos centros de detenções brasileiros. Local onde a grande maioria dos privados de liberdade não possuem sequer condições de obter uma defesa técnica que lhes auxilie de forma efetiva, ficando completamente desamparados e a mercê dos detentores do Poder.

Por fim, como conclusão última e máxima deste trabalho científico, foram propostas algumas alternativas plausíveis para amenizar os efeitos devastadores que esta crise no Sistema ocasiona na dignidade dos que a ele são obrigados a se submeter.

As decisões estruturais são exemplo de medida típica do ativismo judicial, capazes de gerar com maior celeridade e menos burocracia a efetividade das políticas públicas no Brasil. Outra alternativa altamente eficaz se encontra na Justiça Restaurativa com mediações, por meio da qual se mostra possível a diminuição tanto do número de demandas judiciais, quanto do número de pessoas detidas em presídios extremamente superlotados. A monitoração eletrônica àqueles que praticaram delitos de pequena periculosidade e sem violência ou grave ameaça à pessoa é alternativa eficiente também no esvaziamento dos presídios, além de gerar maior possibilidade de ressocialização, com trabalho e estudo – o que não é nem de longe possível dentro do sistema penitenciário atual.

Não é suficiente apenas apontar os problemas políticos e sociais da atualidade, nem as violações em massa aos direitos fundamentais, tampouco trazer definições doutrinárias do que vem a ser o “Estado de Coisas Inconstitucional”. Longe de trazer todas as soluções para a infinita gama de problemas aqui apontados – que sequer são todos os problemas que poderiam ser mencionados, o que com certeza exigiria um trabalho muito mais aprofundado – com este trabalho buscou-se apontar

possíveis soluções no atual momento, político e social, em que o país se encontra, a fim de que, com um Poder Judiciário proativo em favor da sociedade, e Poderes Legislativo e Executivo trabalhando em harmonia, seja possível alcançar, senão todos, grande parte dos direitos constitucionalmente garantidos e que, hoje, são tão relegados – direitos estes que são o resultado de séculos de luta e de vitória em favor de toda a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014;

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2016;

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. 2ª ed. São Paulo: Hunter Books, 2015;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 17ª ed. rev., ampl., e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal, 1988;

_____. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689**, Brasília, Distrito Federal, 1941;

_____. Código Penal (1940). **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848**. Brasília, Distrito Federal, 1940;

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, Distrito Federal, 1984;

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, 1995;

_____. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, Distrito Federal, 1999;

_____. **Lei nº 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nos termos do §1º do artigo 102 da Constituição Federal. Brasília, Distrito Federal, 1999.

_____. **Lei nº 10.792**, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, 2003;

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016;

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf> >. Acesso em: 14 de janeiro de 2018;

ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 2ª ed. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2015;

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016;

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014;

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016;

MORAIS, Alexandre Rocha Almeida de; REZENDE, Valdir Vieira. **Execução penal: diferentes perspectivas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017;

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016;

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3º ed. rev. e atual. Coleção: Direito e ciências afins; v. 6 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 5ª reimpressão. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2015;