

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

**CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA CARCERÁRIO  
BRASILEIRO**

Silvia Emboaba da Costa

Presidente Prudente/SP  
2019

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

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA CARCERÁRIO  
BRASILEIRO**

Silvia Emboaba da Costa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, sob orientação do Florestan Rodrigo Prado.

Presidente Prudente/SP

2019

*A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.*

Arthur Schopenhauer.

À minha família, minha estrutura.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus pelo dom da vida, por ouvir as minhas preces e conceder-me graças e bênçãos por toda a minha vida.

Agradeço ao meu orientador e professor, Florestan, por toda a compreensão, contribuição e cada ensinamento que pacientemente e prestativamente concedeu a mim durante a graduação e para a conclusão deste trabalho.

À minha Banca Examinadora, que aceitou prontamente o convite para, neste momento, fazer parte da finalização desta pesquisa. Que Deus os abençoe imensamente.

Agradeço aos meus familiares, em especial aos meus pais, Luiz e Célia, avó Victória e irmãos, Luís Francisco e Beatriz que, diariamente, com amor e compreensão, não medem esforços e colaboram para o alcance dos meus sonhos e objetivos.

## RESUMO

O presente trabalho visa discutir o Estado de Coisas Inconstitucional e a sua incidência no sistema carcerário brasileiro. Será feito um estudo sobre a omissão inconstitucional, importante e marcante pressuposto para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, além de uma breve análise sobre o controle de constitucionalidade. Intrínseco ao tema desta pesquisa, serão estudados os seus pressupostos e fundamentos, com ênfase nos princípios fundamentais, vetores do Estado Democrático de Direito. Sobre o sistema carcerário brasileiro, além de uma passagem no histórico das penas, haverá exposição sobre o cenário do sistema prisional enfrentado pelo país através de pesquisas e estatísticas, além da exposição feita através dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Será demonstrada a importância do ativismo judicial para a efetivação dos direitos fundamentais e possíveis soluções para o enfrentamento da crise no sistema carcerário brasileiro.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Falha Estrutural; Dignidade da Pessoa Humana; Sistema carcerário; Ativismo judicial.

## ABSTRACT

The present work aims to discuss the State of Things Unconstitutional and its incidence in the Brazilian prison system. A study will be made on the unconstitutional omission, an important and important presupposition for the recognition of the State of Things Unconstitutional, as well as a brief analysis on the constitutionality control. Intrinsic to the theme of this research, will be studied its assumptions and foundations, with emphasis on the fundamental principles, vectors of the Democratic State of Law. Regarding the Brazilian prison system, besides a passage in the history of sentences, there will be an exposition about the scenario of the prison system faced by the country through research and statistics, in addition to the exposition made through the Ministers of the Federal Supreme Court. It will be demonstrated the importance of judicial activism for the realization of fundamental rights and possible solutions for coping with the crisis in the Brazilian prison system.

**Keywords:** Fundamental Rights; Structural Failure; Dignity of Human Person; Prison System; Judicial Activism.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CF – Constituição Federal

STF – Supremo Tribunal Federal.

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

DF – Distrito Federal

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

## LISTA DE FIGURAS E QUADROS

### FIGURA

<b>Figura 1</b> - Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal.....	54
--	----

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL .....</b>	<b>13</b>
2.1 Concepção da Omissão Inconstitucional no Brasil.....	15
2.2 A Tutela dos Direito Fundamentais.....	20
2.3 Deveres de Proteção e Proibição da Proteção Deficiente.....	23
2.4 Falhas Estruturais e o Exercício dos Direitos Fundamentais .....	24
2.5 Do Controle de Constitucionalidade .....	25
2.6 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental .....	26
<b>3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....</b>	<b>30</b>
3.1 Histórico do Estado de Coisas Inconstitucional .....	31
3.2 Fundamentos do Estado de Coisas Inconstitucional .....	32
3.3 Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional .....	36
3.3.1 Violação massiva e contínua de direitos fundamentais .....	37
3.3.2 Omissão reiterada das autoridades públicas .....	37
3.3.3 Decisão dirigida a um conjunto de órgãos.....	38
3.3.4 Potencialidade de inúmeras demandas judiciais com a mesma matéria.....	38
<b>4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>40</b>
4.1 Evolução Histórica do Direito Penal .....	40
4.2 Estudo das Escolas Penais .....	45
4.3 Evolução do Direito Penal no Brasil .....	47
4.4 A Crise no Sistema Carcerário Brasileiro .....	49
4.5 ADPF 347/DF .....	58
4.6 Da Decisão Proferida na ADPF347/DF .....	61
4.7 O Ativismo Judicial para a Realização dos Direitos Fundamentais .....	66
4.8 Possíveis Efeitos Esperados pela Decisão na ADPF 347/DF.....	69
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema se justifica pela notória relevância social e jurídica da temática, tendo em vista as violações constantes aos direitos fundamentais dos sentenciados em cumprimento de pena nas penitenciárias brasileiras, diante da falta de estrutura, falhas sistêmicas e organizacionais do Estado.

O Estado de Coisas Inconstitucional originou-se nos Tribunais da Colômbia diante da percepção de violação constante de direitos fundamentais e o seu objetivo é encontrar soluções que superem a situação de extrema e massiva violação de direitos humanos.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional faz ser necessário um ativismo do Poder Judiciário que, indubitavelmente, irá proferir decisões com repercussões na esfera legislativa e executiva, inclusive com reflexos orçamentários.

A Suprema Corte brasileira, recentemente, em medida cautelar, proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema carcerário brasileiro. Trata-se da única hipótese, no Brasil, já reconhecida como Estado de Coisas Inconstitucional.

Este reconhecimento se deu no ano de 2015 em razão de níveis alarmantes de violações aos direitos humanos dos presos, com bloqueios institucionais e políticos, destacando-se problemas como a superlotação carcerária, saúde pública, alimentação e saneamento básico deficientes.

Com o objetivo de se tutelar os direitos constitucionais dos reeducandos em cumprimento de pena nas penitenciárias brasileiras é que se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional e se concedeu ao Poder Judiciário uma atuação mais efetiva e categórica no que diz respeito a questões orçamentárias e formulação de políticas públicas, o que ainda é objeto de críticas, por suposta violação a tripartição e harmonia dos Poderes.

Todavia, estamos diante de uma situação calamitosa e extrema constante no sistema carcerário brasileiro e as medidas a serem adotadas são urgentes e objetivam concretizar direitos e garantias fundamentais aos custodiados nas penitenciárias do país.

Para tanto, será utilizado no desenvolvimento da presente pesquisa o método hipotético dedutivo, que reconhece a violação de direitos fundamentais como uma realidade social, mas que, através de analogias com a norma atual vigente, consegue-se enquadrar no problema objeto de estudo, almodando-se ao sistema jurídico existente, com o fim de solucionar a problematização.

A opinião particular será exposta de forma oportuna, podendo ocorrer, por exemplo, em situações de concordância ou não de posicionamentos doutrinários ou jurisprudenciais, sendo configurado o método crítico analítico.

Através do método histórico, analisa-se a evolução da pena de maneira geral, bem como no cenário brasileiro.

Por fim, as pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, em artigos de revistas ou jornais, bem como pesquisas na própria legislação nacional serão utilizadas como recursos.

O estudo será dividido em três capítulos. *A priori*, será exposta a omissão inconstitucional e a forma como interfere na efetivação dos direitos fundamentais, instituto de extrema importância para o entendimento das falhas estruturais, pressuposto para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, além de uma breve explanação sobre o controle de constitucionalidade.

No capítulo seguinte, é trazido o Estado de Coisas Inconstitucional, sua origem, fundamentos principiológicos e pressupostos caracterizadores.

Por derradeiro, é abordado o tema do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e, por essa razão, foi revelado, com brevidade, a evolução histórica do direito penal global e no Brasil, além de aspectos do atual cenário das prisões brasileiras, peculiaridades da ação que originou o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como os pontos importantes da decisão cautelar, além de um destaque para a importância do ativismo judicial para a efetivação dos direitos fundamentais e, por fim, as medidas e soluções que se espera desta decisão.

## 2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A omissão normativa inconstitucional – que será estudada mais adiante como pressuposto para a caracterização do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional- é traduzida na ausência de mecanismo para a efetividade de norma ou mandamento constitucional.

Esse mecanismo ausente pode ser de competência do legislador ou dos agentes públicos, de um modo geral.

Importante entender, portanto, que a ausência dessa medida que se origina na falta de efetividade de normas previstas na Magna Carta, não se traduz, tão somente, na falta da atuação legislativa, mas também, na não atuação do estado em promover a efetivação de determinado mandamento constitucional.

Assim, como nos ensina Azevedo Campos (2016, p.31):

No mais, como defendo neste livro, a omissão normativa pode decorrer da própria falta de coordenação entre medidas legislativas e administrativas, de falhas nos ciclos de políticas públicas. Não obstante, deve ser reconhecido que toda a teorização sobre o controle de constitucionalidade por omissão legislativa inconstitucional foi produzida tendo a omissão legislativa inconstitucional como plano de fundo. Este deve ser o ponto de partida.

Ora, como podemos observar a omissão normativa, precipuamente, decorre da ausência da atuação legislativa sobre um mandamento constitucional de legislar.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, “a omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que estava constitucionalmente obrigado.” (CANOTILHO, 2003, p. 1033).

Ainda, pode decorrer não apenas do texto explícito, mas de decisões advindas do processo de interpretação. Ferreira Mendes e Bonet Branco dissertam (2017, p. 1301):

A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.

O que significa dizer que o dever de legislar não deve ser reduzido tão somente a ordens expressas, mas deve advir, também, da interpretação das normas constitucionais e do seu significado substancial, o que se aproxima da análise da omissão institucional sobre sua vertente normativista.

Neste importante prisma, a omissão será estudada sob o aspecto das consequências sociais, políticas e culturais que a ausência da atividade do legislador em cumprir o mandamento constitucional pode acarretar.

O ponto central sobre a vertente normativista recai sobre as consequências da inação do legislador.

Estamos diante, portanto, de uma realidade bifronte da omissão inconstitucional. Se por um lado se observa um viés precipuamente formal, por outro, observa-se um viés substancial.

O primeiro pressuposto para a caracterização da omissão inconstitucional já foi analisado. Trata-se da inação do legislador em cumprir um mandamento constitucional e, em decorrência disso, gerar consequências no plano social, político ou cultural da sociedade.

Outro pressuposto a ser estudado é o fator tempo. Ou seja, quanto mais duradoura a omissão em cumprir determinado mandamento constitucional, mais prejudicado estará o poder de emanar ordem mandamental da constituição, em outras palavras, mais comprometida estará a supremacia da constituição.

Miranda (2005) apud Azevedo Campos (2016, p.34):

Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido – esse tempo que fora dado ao órgão legislativo para emanar a lei; e terá de concluí-lo pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que e outro se movam.

O terceiro pressuposto é o efeito objetivo que a violação da constituição pode gerar e, segundo o Fernandez Segado (2009 apud AZEVEDO CAMPOS, 2016, p. 35), “a omissão legislativa, ainda sendo um comportamento

passivo, está longe de ser neutro em suas consequências, propiciando efeitos de díspar natureza que têm como comum denominador a violação objetiva da Norma suprema.”

O último pressuposto é de aspecto negativo, ou seja, a inércia na atividade legiferante implicar na inconstitucionalidade independe da intenção ou vontade do legislador.

Por fim, com brevidade, quanto às espécies, a omissão inconstitucional poderá ser absoluta, que se verifica quando o legislador efetivamente se abstém de legislar sobre determinado mandamento constitucional, bem como a omissão institucional parcial, que se verifica na atuação legislativa para cumprir o mandamento estabelecido, mas de forma insuficiente.

Nestes termos e nas palavras de Flávia C. Piovesan (1995, p. 83):

A inconstitucionalidade por omissão total identifica-se com a falta de ação. Vale dizer, em face do dever jurídico de agir, manifesta-se o absoluto silêncio, a postura totalmente passiva, a omissão total. Quando a inconstitucionalidade por omissão é parcial, verifica-se a falta de ação nos termos exigidos pela Constituição, isto é, há uma atividade imperfeita, que não é capaz de responder aos exatos termos do comando constitucional.

Com efeito, a omissão inconstitucional pode advir da ausência total do ato normativo ou da insuficiência deste ato normativo e, aqui, haverá a abrangência de um trato jurídico particularizado ou distinto de determinado grupo em prejuízo de outro, com claro desrespeito ao princípio da isonomia.

Para todas as hipóteses, possível a intervenção judicial a fim de corrigir a omissão inconstitucional.

## **2.1 Concepção da Omissão Inconstitucional no Brasil**

Antes de adentrar no presente subtítulo, importante a análise da eficácia e aplicabilidade das normas de direito constitucional.

Seguindo a tão famigerada classificação do autor Jose Afonso da Silva, as normas constitucionais, de um modo geral, são dotadas de eficácia.

No entanto, apesar de todas as normas serem jurídicas, nem todas estão aptas a produzir efeitos de imediato, de tal sorte que para algumas normas constitucionais será necessária outra norma jurídica para desencadear a produção de efeitos.

Parte-se da premissa, portanto, dentro da classificação que se segue, que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e aplicabilidade, no entanto, este grau de eficácia e aplicabilidade será variado a depender da classificação.

Em primazia, as normas de eficácia plena, terão incidência imediata e direta sobre a matéria objeto e não dependem de atuação legislativa, pois já são suficientes desde a sua entrada no ordenamento jurídico para surtirem os seus efeitos. São normas auto-aplicáveis, o que significa dizer que basta a sua existência no ordenamento jurídico para que produzam os seus efeitos direta e imediatamente. Nesta classificação, encontram-se os direitos e garantias fundamentais, por determinação da própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, §1º e, ainda, nas considerações de Sarlet (1998, p. 243):

Com base no exposto, e partindo da premissa de que não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que este preceito se aplica tão somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte da nossa doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume uma relevância não meramente secundária. Em hipótese alguma o significado do art. 5º, § 1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui o princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais.

Seguindo, as normas constitucionais contidas, por assim dizer, são aquelas normas que incidem, assim como as normas de eficácia plena, de forma imediata e independe de interpelação legislativa, no entanto, poderão ter a sua eficácia contida através da edição de lei, por determinação exposta no seu próprio texto. Logo, não sobrevivendo lei que contenha os seus efeitos, sua aplicabilidade é imediata e integral, de plano.

Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida dependem efetivamente da atuação e intervenção legiferante para a produção dos seus efeitos.

Embora sejam dotadas de normatividade e juridicidade, os seus efeitos estão limitados à atuação legislativa. Assim, entende-se que sua aplicabilidade será mediata, indireta e reduzida.

As normas constitucionais de eficácia limitada dividem-se em normas de princípio institutivo ou organizativo, que são aquelas nas quais o legislador constituinte elabora projeto voltado à estruturação de instituições, órgãos ou entidades, e normas de princípio programático, que, conforma o autor Afonso da Silva (1999, p. 138):

Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.

A doutrina inicial, ao tratar do tema de omissão inconstitucional, limitou-se a entender que essa omissão poderia recair apenas sobre as normas constitucionais dotadas de eficácia limitada, já que sua aplicação é mediata ou reduzida.

Ainda, nas palavras, de Afonso da Silva (2002, p. 16):

As normas constitucionais são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, situação que não gera omissão inconstitucional, ou de eficácia contida e também de aplicabilidade imediata, que também não dá margem a omissão, ou de eficácia limitada de princípio institutivo ou programático e de aplicabilidade dependente de leis ou de outra providência do Poder Público. Aqui é que se situa o campo possível das omissões inconstitucionais.

Ademais, a verificação da omissão inconstitucional, no Brasil, ocorre apenas sob sua concepção ou vertente estritamente formal, não se atenta para sua concepção normativista ou aquela que se preocupa efetivamente com as consequências desta omissão, o que seria de maior importância dada a posição, mérito e valor dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio.

O que se observa, portanto, é que o Brasil tradicionalmente vincula a omissão institucional tão somente às normas de eficácia limitada e, ainda, sob a perspectiva meramente formal.

Neste sentido, “isto significa que só há omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação. A inconstitucionalidade por omissão pressupõe a existência constitucional de ação.” (FLAVIA PIOVENSAN, 1995, p 78).

Continua a mesma autora (1995, p; 79)

A omissão legislativa resulta do silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para efetividade da Constituição. Trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar, que se manifesta constitucionalmente quando há uma ordem concreta de legislar.

Restou comprovado que a doutrina tradicional brasileira não direciona sua atenção para a necessária intervenção legislativa para uma efetiva atuação das normas constitucionais de eficácia plena.

Azevedo Campos (2016, p. 41-42) disserta:

No centro da argumentação tradicional, nota-se uma suposta dispensa constitucional da intervenção legislativa para a atuação concreta as chamadas “normas constitucionais de eficácia plena” – aquelas que “bastam por si mesmas”. Como os enunciados normativos desse tipo, tendo em conta apenas a construção semântica, são dotados de eficácia ou aplicabilidade direta, a *interpositivo legislatoris* não seria constitucionalmente necessária.

Ainda (2016, p. 43):

A doutrina tradicional acabou por caracterizar a ação legislativa complementar, nesses casos, como facultativa, um mero *plus*, uma eventualidade, até conveniente, mas sempre prescindível. Sendo dispensável, a ausência ou insuficiência da atuação legislativa não poderá sujeitar-se ao controle judicial de validade constitucional, e isso porque a atuação legislativa nada importará para a “eficácia” da norma constitucional. 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.

O que se observou é que apenas as normas que determinam expressamente o dever de legislar podem servir de pressuposto para a omissão legislativa inconstitucional.

A grande problemática é reduzir a área de atuação da omissão legislativa a essas normas de eficácia limitada sem, contudo, atentar-se às omissões institucionais que também ocorrem sob a perspectiva de normas fundamentais, mais notadamente de direitos fundamentais, cuja aplicabilidade é plena e imediata.

Apesar dos avanços democráticos em torno de um Estado de Direito que a Constituição de 1988 - notadamente conhecida por constituição cidadã - promoveu não apenas com relação ao direito constitucional, mas a relação cidadão e Estado, fortaleceu, inclusive a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, ampliando os seus poderes de decisão, mas não foi o suficiente para resguardar e realizar, com plenitude, os direitos fundamentais.

No que tange à declaração de inconstitucionalidade por omissão, nota-se um estrito cumprimento ao que ordena a Constituição Federal, em seu artigo 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.

O STF restringe sua atuação em declarar a omissão legislativa inconstitucional e determinar a ciência do Poder omissor para a adoção das medidas que se fizerem cabíveis.

Esse restrito posicionamento deve-se ao “Princípio da Separação de Poderes”, que impediria o Poder Judiciário de exercer as vezes do Poder Legislativo, não suprimindo diretamente a lacuna normativa.

Deve-se objetivar, todavia, ao reconhecer a omissão inconstitucional não apenas a declaração sob um aspecto formal, mas estendê-la para alcançar o seu viés substancial, bem como para alcançar omissões legislativas e dos poderes públicos em efetivar, também, direitos e garantias fundamentais, que apesar da sua aplicabilidade plena, não são efetivados.

## 2.2 A Tutela de Direitos Fundamentais

Para que os direitos fundamentais deixem de existir apenas em um plano teórico ou semântico, critérios de ordem material sobre esses direitos merecem atenção para sua promoção e exercício pelo Estado. Ainda que classificados como direitos autoaplicáveis, é de essencial valia que sejam avaliadas as omissões do Estado, em todos os seus poderes, sobre o seu exercício.

Merecem proteção, inclusive, não apenas os direitos fundamentais assim expressamente definidos, mas todos aqueles essenciais ao indivíduo sob o ponto de vista dos direitos fundamentais.

Por este ângulo, nas palavras de Alexy (1986, p.450):

Por "direitos a proteção" devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade.

Quando constatada uma omissão sobre o exercício de um direito fundamental, não se trata apenas de uma violação formal da norma, mas de uma violação substancial, com consequências que perpassam a teoria ou a sua topologia constitucional para atingir a sociedade de tal maneira a afetar a própria dignidade da pessoa humana.

Nas ilustres palavras de Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 229):

Da nossa parte, entendemos que a gradação dos efeitos das normas constitucionais não pode prescindir de uma análise material, em que considerações revestidas de conteúdo moral se tornam inafastáveis. A própria Constituição Federal legitima a abordagem material do problema, ao instituir, por exemplo, que os direitos e garantias fundamentais devam ser aplicados de modo imediato. No contexto presente de reabilitação do uso prático da razão, o tema da eficácia normativa não pode continuar circunscrito a abordagens formalistas, devendo envolver também considerações substantivas e morais.

Legislar, como obrigação exposta na Constituição e também pressuposto para caracterização da omissão legislativa inconstitucional, também deve ser estudado como uma obrigação para a proteção suficiente dos direitos e liberdades fundamentais, exigida pela Carta Suprema independente da sua formação textual.

Para além disso, é importante entender a omissão inconstitucional que tem como consequência uma tutela deficiente dos direitos fundamentais, como um defeito dialógico entre os poderes Legislativo e Executivo e, com essa falha estrutural, há uma insuficiência na consecução de políticas públicas.

O Doutor e Mestre em Direito Público Azevedo Campos (2016, p.58) disserta:

Muitas vezes, há lei e iniciativa administrativas para o cumprimento dos comandos legais em favor da realização de direitos constitucionais, porém o resultado é pífio, revelando-se a insuficiência na proteção estatal. A omissão não seria tanto por conta da falta de lei, e sim da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais, o que resulta, em última análise, na insuficiência da atuação da norma constitucional de direitos e regulada e cuja concretização se impõe. Tal situação, em muitos casos, mostra-se insistente, não demonstrando o Legislativo e o Executivo capacidade institucional e disposição política para revertê-la. A omissão, implicando proteção deficiente de direitos fundamentais, caracteriza-se como um quadro permanente de falhas estruturais.

O extremo deste quadro de omissões por parte dos Poderes Legislativo e Executivo que desembocam em uma falha estrutural, atravessa o campo da omissão inconstitucional e alcança o Estado de Coisas Inconstitucional, que será estudado em capítulo próprio.

O que se busca diferenciar é o texto constitucional, que seria o texto normativo ou a sua estrutura semântica do objeto de interpretação da norma, que é o resultado desta interpretação.

No exercício da interpretação e aplicação do texto normativo em si, ainda que autoaplicáveis, podem manifestar-se entraves estruturais que demandam a atuação política do poder legislativo enquanto sujeito democrático e competente para exercer a função legislativa com o fim de promover condições para o absoluto exercício dos direitos fundamentais.

A omissão inconstitucional restará caracterizada quando a inércia do poder legislativo comprometer o exercício dos direitos fundamentais independentemente da sua estrutura semântica.

Além de não se tratar apenas de uma questão da atuação da norma constitucional e não apenas sobre a sua estrutura normativa, estamos diante de uma problemática que envolve a efetividade dos direitos fundamentais.

O que se planeja é a realização efetiva dos direitos fundamentais, cujo início se dá com a atuação legislativa, mas não se encerra nela.

### **2.3 Deveres de Proteção e Proibição da Proteção Deficiente**

Para a proteção dos direitos fundamentais, faz-se necessária a atuação legislativa não apenas negativa, ou seja, de abster-se de violá-los, mas também positiva, no sentido de criar normas para o seu exercício.

A não atuação do Estado em promover o exercício dos direitos fundamentais também é uma afronta à constituição.

É neste aspecto que se tem a ideia dos deveres de proteção dos direitos fundamentais. Esta teoria teve início com o Tribunal Constitucional Alemão, mais notadamente com o caso *Luth*, que se configurou em um litígio entre o judeu Eric Luth e o cineasta alemão Vein Harlan, que produziu obra com ideários nazistas, especificamente contra os judeus. Este último alegou sofrer boicote por parte de *Luth*, que exercera a sua liberdade de expressão causando-lhe prejuízos. O Tribunal Constitucional Alemão decidiu pelo exercício da liberdade de expressão de *Luth* ao invés de condená-lo por prática de ato contrário aos bons costumes (AZEVEDO CAMPOS, 2016, p.78).

O que se extrai do dever de proteção aos direitos fundamentais é que o Estado, obrigatoriamente, através da criação de leis, deve promover a criação de condições para o exercício pleno dos direitos fundamentais, bem como criar meios para que o seu exercício não sofra limitações.

Ainda que haja o texto da lei vinculado ao direito fundamental, a ausência de norma ou de políticas públicas voltadas a promovê-los encadeará em uma omissão absoluta normativa inconstitucional, ao passo que a existência de lei

deficiente ou de promoção de políticas públicas deficientes, encadeará em uma omissão parcial.

Destarte, o dever de proteção encerra na percepção da importância constitucional dos direitos fundamentais em seu aspecto material; na sua ordem objetiva, não se restringindo apenas à restrição em legislar; e no dever de protegê-los, através da criação legislativa para sua efetivação, considerando também o exercício de políticas públicas.

A omissão inconstitucional, como já estudado, deixa de se configurar apenas na não atuação legislativa diante de um mandamento constitucional sobre direito fundamental e passa a se configurar também com relação ao grau de proteção conferido aos direitos fundamentais.

A Constituição Federal, no artigo 5º, XLI, dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais”, o que significa dizer que a própria constituição federal valida o dever de proteção aos direitos fundamentais. Assim, em nosso Estado Democrático de Direitos, os poderes por ele constituídos não detêm de plena liberdade para deliberar sobre a proteção de direitos e garantias fundamentais. Este dever de proteção aos direitos fundamentais está vinculado à atuação dos poderes e existem independentemente da existência de texto constitucional neste sentido.

O dever de proteção merece um cuidado especial, pois, diante da sua imperatividade, também é possível encontrar o choque com outros direitos fundamentais e a necessidade de prevalecer um sobre o outro. Ou seja, a violação de direitos fundamentais sobre as quais deve recair o dever de proteção do Estado pode decorrer de atos particulares e o exercício do dever de proteção pode limitar o exercício de um direito fundamental sobre o outro.

É nesta perspectiva que haverá a valia do princípio da proporcionalidade, utilizado como instrumento contra as abusividades estatais. Contudo, na temática em análise, servirá como vetor não apenas para vedar ou proibir os excessos estatais, mas também para harmonizar-se com a proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

E com este mesmo entendimento Novelino (2017, p. 306):

O postulado da proporcionalidade possui uma dupla face: de um lado, as regras que o compõem (adequação, necessidade e proporcionalidade em

sentido estrito) impedem a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos (*proibição de excesso*); de outro, a proporcionalidade impõe aos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na constituição (*proibição da proteção insuficiente*). Nesse sentido, pode-se dizer que enquanto a “proibição do excesso” tem por finalidade evitar intervenções o âmbito de proteção dos direitos fundamentais *além* do necessário, a “proibição da proteção insuficiente” visa impedir que medidas constitucionalmente exigidas para a proteção e promoção dos direitos fundamentais fique *aquém* do necessário.

O objetivo, portanto, é impedir a não atuação ou atuação deficiente do Estado em face do exercício de direitos fundamentais, reclamando uma atuação e proteção eficiente para o seu pleno exercício.

## **2.4 Falhas Estruturais e o Exercício dos Direitos Fundamentais**

Como já explicitado na presente pesquisa, o objetivo final do Estado Democrático de Direito deve ser pela realização efetiva dos direitos fundamentais, o que não vai ocorrer apenas através estrutura semântica das normas constitucionais, que seria insuficiente para a plena realização dos direitos fundamentais. A plena realização destes direitos transpassa o aspecto normativo formal para alcançar um viés substancial ou material das normas de direitos fundamentais, o que significa dizer que a omissão inconstitucional que tem como consequência a não observância e realização dos direitos fundamentais alcança, inclusive, a falta de gerenciamento ou controle entre o poder legislativo, entidades e órgãos públicos que deveriam estar engajados em regulamentar e dar solidificação aos comandos fundamentais legais.

Alexy (1986, p.450) discorre sobre a proteção dos direitos fundamentais e aqueles essenciais ao homem por esta perspectiva advinda de normas, atos administrativos ou ações fáticas:

Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas.

A elucidação desta problemática não recairá apenas sobre o poder legislativo, já que a falha entendida como estrutural decorre de diversos órgãos políticos.

As falhas estruturais decorrem de constante e permanente omissão de agentes e autoridade públicas, em restrições na elaboração e aplicação de políticas públicas e na ausência de providências na seara administrativa, financeira ou legislativa dirigida à aclaração dos problemas que envolvem direitos fundamentais.

A omissão inconstitucional, tradicionalmente intencionada apenas ao trabalho legislativo, não será verificada e finalizada apenas nele, mas também na falta de coordenação desta atividade com a atividade de diversos setores, órgãos, poderes e entidades públicas que, omissos constantemente na realização de políticas públicas, incidem em violação constante e massiva de direitos fundamentais.

É sobre essa perspectiva de violação de direitos fundamentais, mormente causada pela falta de coordenação de diversos setores públicos que a Corte Constitucional Colombiana nomeou de Estado de Coisas Inconstitucional, a ser estudado no capítulo seguinte.

## **2.5 Do Controle de Constitucionalidade**

O Estado de Coisas Inconstitucional, como já exposto na introdução acima, teve a sua origem em sede de controle de constitucionalidade apresentado em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Portanto, coerente trazer à baila um brevíssimo estudo sobre o Controle de Constitucionalidade dentro da normativa brasileira.

Trata-se de mecanismo prático a ser utilizado para assegurar a rigidez e supremacia da Constituição Federal e de Constituições Estaduais que, portanto, serão os parâmetros utilizados para a declaração ou não da constitucionalidade ou para assegurar o cumprimento de um preceito fundamental.

Assim, nas situações em que um ato normativo ou lei confrontarem o texto constitucional, será oportuna a utilização do controle de constitucionalidade, repressivo ou preventivo, sobre aquele texto.

Não se trata de instrumento unicamente utilizado para fins de retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que violem a constituição federal (ADI), mas também terá a finalidade de declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, quando por ela paira a dúvida sobre sua constitucionalidade (ADC); conferir eficácia plena a todas as normas constitucionais (ADI por omissão ou Mandado de Injunção); assegurar o cumprimento de um preceito fundamental (ADPF).

O controle de constitucionalidade repressivo, ora estudado, pode ser realizado de forma concreta ou de forma abstrata. Explica-se:

O controle de constitucionalidade pode ser realizado de forma concreta, também denominado de controle de constitucionalidade difuso ou por via incidental. Neste caso, apresenta-se um caso em concreto à apreciação Jurisdicional, juiz ou Tribunal e, incidentalmente, requer-se a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Especialmente, neste caso, o controle de constitucionalidade surtirá efeitos apenas entre as partes (*inter partes*) e, em regra, retroativos (*ex tunc*).

Por sua vez, o controle de constitucionalidade abstrato, também conhecido por controle de constitucionalidade ou por via de ação direta, isso porque não se leva à apreciação jurisdicional, que será realizada pelo Supremo Tribunal Federal ou Pelo Tribunal de Justiça (neste último caso o parâmetro superior será a Constituição Estadual), um caso concreto, envolvendo autor e réu, mas sim, a própria situação acerca da qual se discute a constitucionalidade da lei ou ato normativo. Seus efeitos alcançarão a todos (*erga omnes*) e, em regra, não retroagirão (*ex nunc*), além de vincularem a todos os juízes e tribunais.

## **2.6 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

Antes de tecer comentário sobre a pertinência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, é digno de merecer atenção nesta defesa, uma análise sobre a inconstitucionalidade por omissão.

As lacunas normativas que se originam da inércia dos agentes públicos em produzir políticas públicas e normas que atendam aos ditames constitucionais, fazem nascer o controle de constitucionalidade por omissão.

Em consenso e nas palavras de da Cunha Júnior (2009, p. 374):

Disse-se que tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo, é omitir-se em face de uma determinação nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa estatal em contraste com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma. Há, pois, omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente.

É dessa premissa que se entende que a ação direta de constitucionalidade por omissão é instrumento de controle abstrato de constitucionalidade que tem o objetivo de suprir omissões legislativas ou a inércia de agentes políticos no cumprimento de determinações constitucionais.

Ocorre que, fora ajuizada no Supremo Tribunal Federal a ADPF para o fim de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o que pode soar insensato ou contraditório ao fundamentá-lo em omissões inconstitucionais.

A ADPF foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da CF de 1988, com regulamentação pela Lei 9.882/1999.

Como já discorrido, esta ação pertence ao controle concentrado de constitucionalidade, cuja competência é reservada para o processo e julgamento ao Supremo Tribunal Federal.

Esta ação possui uma característica peculiar: apenas será admitida quando subsidiária, o que significa dizer que pressupõe a inexistência de outra ação ou mecanismo capaz de solucionar a questão constitucional levada à análise.

Interessante a possibilidade de fungibilidade entre a ADPF e ADI ou vice-versa, caso verificada que não está presente o requisito da subsidiariedade.

O objeto desta ação é ato de poder público, ou seja, leis e atos normativos ou não emanados do Poder Público das esferas federal, estadual ou municipal, inclusive aqueles anteriores à Constituição.

O descumprimento a que alude a presente ação, “deve ser compreendido de modo mais amplo que a *inconstitucionalidade*, a fim de abranger uma ampla gama de atos dos poderes públicos incompatíveis com preceitos constitucionais fundamentais” (MARCELO NOVELINO, 2017, p. 225).

Com relação ao parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade através da ADPF este será a lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental e, nas palavras de Ferreira Mendes e Gonet Branco (2017, p. 1389):

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento de arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, da CF: o princípio federativo, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Ou, nas palavras de Marcelo Novelino (2017, p. 223):

A arguição só é cabível quando houver violação de *preceito fundamental* (Lei 9.882/1999, art. 1º, caput) isto é, de norma (princípio ou regra) da Constituição imprescindível para preservar a identidade ou regime adotado. Dentre os preceitos com caráter de fundamentalidade podem ser mencionados, a título exemplificativo, os princípios fundamentais (Título II), os preceitos que conferem autonomia aos entes federativos, os princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, VII) e as cláusulas pétras).

Assim, serão considerados parâmetros para o ajuizamento da arguição de descumprimento violação de norma constitucional essencial à dignidade da pessoa humana, norma a respeito do regime adotado, da organização do estado, aquelas que versem sobre direitos e garantias fundamentais, as definidas como cláusulas pétreas, bem como os princípios sensíveis.

A amplitude da ADPF tornou esta ação a mais apta a servir como instrumento para a declaração do ECI.

O seu objeto é mais abrangente “ato do Poder Público” e não resta margem de dúvidas sobre o seu cabimento, portanto, não apenas sobre objetos normativos, mas qualquer ato emanado do Poder Público, que podem advir de todas as esferas e entes públicos.

A respeito disso, nos dizeres de Azevedo Campos (2017, p. 259-260):

Não obstante, o principal instrumento é, sem dúvida, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. O instrumento possui natureza de processo objetivo e tem aplicação abrangente. Dentro do conceito de “ato do Poder Público” (artigo 1º, *caput*, da Lei 9.982/99), como objeto de controle pela ADPF, encaixe-se, perfeitamente, a noção de falhas estruturais e de “realidade inconstitucional”. Ato do Poder Público não é apenas ato isolado ou comissivo de um poder, mas podem ser atos de diferentes autoridades, órgão e poderes e também a omissão generalizada e persistente. Ademais, esses atos podem ser da competência das três distintas esferas federativas. Daí porque podem ser incluídas, como objeto da ADPF, falhas estruturais que configuram deficiências de formulação e implementação de políticas públicas. No mais, não há qualquer dúvida que a violação massiva e persistente de direitos fundamentais satisfaz, com sobras, o requisito da lesão a preceito fundamental.

Como é sabido, ainda que se entenda pela pertinência da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional através de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, em razão das falhas estruturais advirem, por vezes, de omissões inconstitucionais, é plenamente válida e aceita a fungibilidade entre as ações, de forma que não haverá a perda do seu objeto.

Ademais, para a declaração do ECI em controle de constitucionalidade, deve haver massiva e constante violação do direitos e garantias fundamentais, ou seja, uma incisiva violação de normas de preceitos fundamentais, o que é cabalmente verificado quando da violação dos direitos fundamentais dos presos recolhidos nas penitenciárias brasileiras.

### 3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O ECI será estudado da perspectiva da omissão inconstitucional atinente às falhas estruturais.

Não se trata de uma ação judicial por assim dizer, mas de um método decisório por meio do qual se afirma uma realidade inconstitucional através de uma análise feita a partir da observância de violação constante e acentuada de direitos fundamentais.

Foi reconhecido, precipuamente, pela Corte Colombiana em decisão que objetivava impor ao Estado a observância da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais nestas situações de constantes, reiteradas e consideráveis violações aos direitos humanos.

A Corte estava diante de uma situação de violação aos direitos fundamentais, aliada a falhas estruturais que independiam apenas da atividade legislativa, mas que decorria, também e, em conjunto, com omissões de órgãos públicos, responsável por políticas públicas, econômicas ou de infra estrutura capazes de garantir o mínimo de dignidade.

Para que se alcançasse a correção desta falha estrutural ou que se pudesse suprir essas falhas para atender o pleno exercício dos direitos fundamentais é necessária uma importante intervenção do Poder Judiciário.

Sobre o ECI, Ariza (2013) apud Azevedo Campos (2016, p. 96-97):

A doutrina do [estado de coisas inconstitucional] defende a intervenção estrutural da Corte Constitucional naqueles casos em que detecta uma violação massiva e sistemática de direitos. Tal situação é entendida como tendo sido gerada por deficiências dos arranjos institucionais do Estado. [...] quando a Corte detecta um “bloqueio institucional” que gere uma violação de direitos dessa magnitude, ela declara a existência de uma realidade inconstitucional, sendo a principal consequência que a Corte passa a cumprir funções de criar políticas públicas, alocar recursos, e implementar direitos sociais e econômicos que seriam de competência do poder legislativo em um modelo convencional de separação de poderes.

O que se observa quando é declarada uma situação como ECI é o abismo existente entre a declaração de um direito fundamental com o seu pleno exercício ou aproveitamento.

Com esta declaração, comprova-se que a omissão inconstitucional está relacionada às péssimas condições de exercício dos direitos fundamentais, que decorre efetivamente de falha estrutural e não tão somente de omissão legislativa de um mandamento específico.

Ademais, essa situação de ECI mostra-se mais evidente em países subdesenvolvidos e marcados pela desigualdade social e econômica e o papel que o poder judiciário passa a assumir é de promotor do exercício dos direitos fundamentais uma vez especificados no papel.

### **3.1 Histórico do Estado de Coisas Inconstitucional**

O Estado de Coisas Inconstitucional, conforme já delineado, originou-se de decisão da Corte Constitucional Colombiana.

Por se tratar de decisão que evidencia um ativismo judicial incisivo, importante mencionar que na Colômbia, após o advento da Constituição promulgada em 1991, com vasta lista de direitos fundamentais e compromissada com os direitos sociais, que fortalecem a democracia, o ativismo judicial ganhou maior destaque para a promoção e efetivação destes direitos.

Não à toa, o judiciário da Colômbia é reconhecido como um dos mais ativistas do mundo e é exercido para a promoção dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, bem como para o controle das ações e políticas dos Poderes Executivo e Legislativo para atender o exercício destes direitos.

A primeira situação que ensejou na declaração do ECI ocorreu quando quarenta e cinco professores das cidades de Zambrano e Maria La Baja ajuizaram uma demanda para discutir os seus direitos previdenciários inerentes à entidade de classe, que foram cerceados pelas autoridades. A partir daí, a Corte Constitucional Colombiana passou a investigar o caso e chegou à conclusão que havia omissões e falhas estruturais por parte do Estado Colombiano. Além disso, verificou-se que esta problemática afetava não somente os professores que acionaram a tutela jurisdicional, mas toda a classe.

Foi através da sentença publicada neste caso que a Corte Colombiana reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, enviando reproduções do caso

para diversos órgãos vinculados aos Poderes Políticos que estariam relacionados com a violação deste direito.

Em seguida, a Corte Colombiana analisou a problemática do Sistema Carcerário, que, assim como no Brasil, violava constantemente os direitos humanos dos seus custodiados. Após essa análise e através da “Sentencia de Tutela 153/98” foi reconhecido, mais uma vez, o Estado de Coisas Inconstitucional e, para mais, o delicado problema do deslocamento forçado de pessoas, relacionado às migrações, devido às ameaças e perigo de vida por parte dos terroristas das Farcs contra pessoas transportadas pelo Estado.

Outros países como a Argentina, Estados Unidos, Índia, África do Sul e Canadá adotam o Estado de Coisas Inconstitucional.

O Brasil, em 09 de setembro de 2015, quando da seção plenária do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental nº 347/DF, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), face a crise do Sistema Penitenciário brasileiro, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, que será melhor estudado no capítulo seguinte.

### **3.2 Fundamentos do Estado de Coisas Inconstitucional**

Os fundamentos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional sobre determinada situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais são extraídos de um Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que os direitos fundamentais deixam de ser apenas limitadores do exercício do poder do Estado e passam a legitimar e condicionar as suas ações.

Assim, os poderes públicos devem promover ações e políticas públicas que busquem dar efetividade ao exercício dos direitos fundamentais.

Neste contexto, encontramos como fundamentos para o ECI a necessidade de proteção prioritária aos direitos e garantias fundamentais, a obrigação de respeito à dignidade da pessoa humana e a real imprescindibilidade de não afetar o mínimo existencial.

Devidamente já explicitado neste estudo, o ECI decorre de da violação de direitos fundamentais, que nas palavras de Afonso da Silva ( ano, p. 178):

Direitos *fundamentais* do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no *nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

A expressão “direitos fundamentais” teve origem na França, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão, de 1789.

Ferreira Filho explica (2012, p. 244):

Desde a Revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição. Tal exagero tinha uma significação profunda. Indicava em alto e bom som o objetivo do governo em prol da Constituição escrita, qual seja, o estabelecimento em favor do indivíduo de uma esfera autônoma de ação, delimitando assim o campo de interferência legítima do Estado com qualquer um. Com o passar dos tempos, operou-se mudança no modo de encarar as relações entre o indivíduo e o Estado, vindo novos direitos a ser reconhecidos em prol do indivíduo, direitos esses com um conteúdo positivo que o Estado estaria jungido a prestar. Por outro lado, com o desprestígio do individualismo, foram também aos grupos reconhecidos direitos fundamentais, com o mesmo caráter de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade que aos indivíduos. Sempre, porém, o reconhecimento desses direitos permaneceu inabalado como uma das metas do Constitucionalismo. Tanto assim é que, fosse qual fosse a sua inspiração, editavam, como editam ainda, as Constituições, declarações de direitos e, às vezes, de garantias.

São direitos intrínsecos ao seres humanos e existentes para a vida com dignidade e, pela simples razão de serem humanos, são dotados destes direitos. Em razão disso a máxima importância de sua efetivação.

Essa importância faz dos direitos fundamentais elemento essencial às Constituições, não apenas como garantia à vida digna do homem, mas como limitadores do exercício abusivo contra o Estado, tanto quanto a um indivíduo, como a um grupo, já que os direitos fundamentais, acertadamente, estende-se a grupos.

Atrelada intimamente à ideia de direitos fundamentais, outro fundamento para a necessidade da declaração do ECI é a dignidade da pessoa humana, afetada sempre que violada norma de direito fundamental.

Sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, ambos tem uma relação de dependência, isso porque apenas com o respeito à dignidade da pessoa humana é que se alcança os direitos fundamentais.

É preciso entender o ser humano como um fim em si mesmo, e não como meio para realizações. O respeito a dignidade da pessoa humana impede que o ser humano seja considerado objeto ou merecedor de tratamento cruel, degradante ou indigno, em razão da sua condição humana.

Nas palavras de Kant, que conceitua a dignidade como valor absoluto e intrínseco a todo ser humano, em sua obra “Metafísica dos Costumes”, ao tratar do servilismo, explica (2013, p. 208-209):

Somente o homem considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (homo noumenon) tem de ser avaliado não meramente como meio para outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constringe todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade. A humanidade em sua pessoa é o objeto do respeito, que ele pode exigir de todos os outros seres humanos; do qual, porém, ele também não deve privar-se. Ele pode e deve se avaliar, portanto, segundo um padrão de medida tanto pequeno como grande, conforme se considere como ser sensível (segundo sua natureza animal) ou como ser inteligível (segundo sua disposição moral). Visto que ele tem de se considerar não meramente como pessoa em geral, mas também como ser humano, isto é, como uma pessoa, que tem para consigo deveres impostos pela sua própria razão, a sua insignificância enquanto ser humano animal não pode prejudicar a consciência de sua dignidade enquanto ser humano racional, e, em consideração a este último, ele não deve negar a autoestima moral; isto é, ele não deve tentar obter de maneira servil ou subserviente (animo servili) um fim que é em si mesmo dever, como se tentasse obter um favor; não deve negar sua dignidade, mas conservar sempre a consciência da sublimidade de sua disposição moral (que já está contida no conceito de virtude); e esta autoestima é um dever do ser humano para consigo mesmo.

Sarlet, sobre a dignidade da pessoa humana explica (1998, p.104):

Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se

pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. [...] é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe é inerente.

Assim, o ser humano, enquanto ser racional e em observância a essa condição, além do respeito próprio deve ser respeitado pelos demais seres humanos. A dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais, não devem ser negados ou inobservados com relação a particulares ou com relação à prestação do Estado. Somado a isso, a dignidade da pessoa humana, dotada de irrenunciabilidade e inalienabilidade, não será adquirida ou transferida, posto que inerente à condição humana.

Relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, também fundamento da República, será abordado brevemente outro aspecto fundamental para a declaração do estado de coisas inconstitucional.

Dada a sua excepcionalidade, o ECI será declarado, como já exaustivamente estudado, sempre que diante de violação massiva e reiterada de direitos fundamentais. Notadamente, a violação desses direitos fundamentais que indubitavelmente atingirão a dignidade da pessoa humana, também ofenderá o mínimo existencial.

Por mínimo existencial entende-se todo e qualquer direito imprescindível para o efeito da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um conjunto de elementares básicas para a realização substancial da dignidade da pessoa humana. Ao tratar deste aspecto substancial busca-se a efetivação com dignidade de cada direito fundamental. Ou seja, não se pretende apenas a promoção da vida por si só, mas a promoção da vida com qualidade, o mesmo vale para os direitos fundamentais à educação e saúde.

Nos dizeres de Barcellos (2011, p. 247):

A utilidade dessa primeira ideia está em sublinhar que a violação do mínimo existencial – isto é: a não garantia de tais condições elementares – importa o desrespeito ao princípio jurídico da dignidade da pessoa humana sob o aspecto material, ou seja, uma ação ou omissão inconstitucional. Em suma: mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.

A violação aos direitos básicos do ser humano é uma violação direta à dignidade da pessoa humana.

Imprescindível para o exercício dos direitos fundamentais, além de um direito fundamental é a observância ao princípio da igualdade em sua qualidade material, que tem como início o preceito de Aristóteles que nos ensina que os iguais merecem tratamento igual, enquanto os desiguais, desigual, na medida de sua desigualdade.

Para Novelino (2017, p. 337):

De outro lado, o princípio da igualdade jurídica impõe o dever de *tratamento desigual* a indivíduos, grupos, coisas ou situações essencialmente desiguais. A exigência de igual respeito e consideração só é atendida quando se confere tratamento distinto para aqueles que são diferentes. Atribuir idênticos direitos e deveres a crianças, adultos e idosos seria tratamento desigual e injusto. A própria Constituição de 1988 consagra, de forma expressa, dispositivos que conferem ou exigem, como medida de justiça, tratamentos diferenciados em razão do gênero, da capacidade física ou da condição econômica.

Entende-se que sob o ponto de vista deste princípio, haverá uma imposição ao poder público de adotar medidas e políticas públicas capazes de sanar ou, ao menos, reduzir, essa desigualdade. É o que se verifica, a título de exemplo, através da adoção de ações afirmativas.

Após a exposição dos fundamentos principiológicos para a declaração do ECI, será feita breve análise sobre os imprescindíveis pressupostos.

### **3.3 Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional**

Dada à excepcionalidade da medida que implicará na adoção de um maior ativismo judicial e censura a omissão estatal, bem como uma modificação no desenvolvimento e atividades dos demais poderes públicos com a finalidade de efetivar o exercício de direitos fundamentais, através da exigência de adoção de políticas públicas, ações estatais que resolvam os problemas das falhas estruturais, é de rigor a fiel observância aos pressupostos para a sua aplicação.

### **3.3.1 Violação massiva e contínua de direitos fundamentais**

O primeiro pressuposto a ser estudado é a violação massiva e contínua a direitos fundamentais.

Todavia, é necessário observar uma restrição a esse pressuposto, isso porque não estaremos diante de uma omissão massiva de apenas um direito fundamental a apenas um indivíduo.

Consoante já detalhado, estamos diante de uma medida excepcional que afetará na dinâmica das atividades dos demais poderes legislativo e executivo a fim de sanar a questão das falhas estruturais que violam direitos fundamentais.

Isto posto, a violação a direitos fundamentais deverá ocorrer sobre mais de um direito fundamental, de forma contínua e massiva e que deve alcançar um número significativo de pessoas, grupos ou minorias.

### **3.3.2 Omissão reiterada das autoridades públicas**

O segundo pressuposto diz respeito à omissão insistente das autoridades públicas com relação à sua obrigação de efetivar o exercício dos direitos fundamentais, ou seja, à falha estrutural.

Neste pressuposto, estamos diante da omissão inconstitucional, explicitada no primeiro capítulo, em seu viés normativo, o que significa dizer que a falha estrutural decorre não apenas da omissão legislativa, mas de uma falta de coordenação entre as atividades legiferante e, também, administrativa.

Azevedo Campos orienta (2017, p. 182):

Há a necessidade de a Corte das respostas que aproveitem a todos que estejam alcançados pelo quadro de violação massiva e contínua de direitos. Interferir nas políticas públicas necessárias, cuidando da dimensão objetiva desses direitos, significa proferir decisões que, em vez de imporem obrigações ao Estado em favor de determinados indivíduos, buscam solucionar o estado de inconstitucionalidade em favor de todos, igualmente.

Assim, a resposta advinda da declaração do ECI, além de atingir grupo abrangente de pessoas ou minorias, interferirá nas políticas públicas necessárias, buscando a solução do problema que por vezes não resultará de uma falha isolada,

mas de várias violações interdependentes, o que fundamenta, também, a excepcionalidade e complexidade do ECI.

### **3.3.3 Decisão dirigida a um conjunto de órgãos**

Estaremos diante do ECI quando a solução para o efetivo exercício dos direitos fundamentais massivamente e constantemente violados advir da necessidade da ordem atingir um conjunto de órgãos, mais especificadamente, o grupo de órgãos responsável pela caracterização da violação dos direitos fundamentais a determinado grupo.

O ECI está intimamente relacionado ao litígio estrutural, que é caracterizado por alcançar alto número de pessoas, várias entidades e incide na necessidade de expedição de ordens capazes de alterar e alcançar diversas instituições que pela sua omissão ou péssima atuação dão origem às falhas estruturais.

O litígio estrutural pretende alcançar uma reforma estrutural, o que não é diferente do que se verifica com a declaração do ECI.

Fiss (2003) apud Azevedo Campos (2016, p.189):

Reforma estrutural tem como premissa a noção que a operação de organizações em larga escala, e não apenas indivíduos atuando além ou dentro dessas organizações, afeta a qualidade de nossa vida social de importantes formas. Tem também como premissa a crença que nossos valores constitucionais não podem ser completamente assegurados sem mudanças básicas nas estruturas dessas organizações.

Também no ECI é preciso dar a resposta através da realização de uma reforma estrutural. Não se está combatendo apenas um órgão ou falha política, econômica ou social isolada, mas um expressivo número de falhas que estão interligadas, cuja resposta para saná-las também será estrutural.

### **3.3.4 Potencialidade de inúmeras demandas judiciais com a mesma matéria**

Por fim, o último pressuposto diz respeito à potencialidade da matéria atinente aos direitos fundamentais violados ser discutida em diversas ações

judiciais, movimentado a máquina pública e judiciária em busca da solução do conflito.

Através da declaração da realidade de inconstitucionalidade vivenciada por determinado Estado em determinada situação, impedirá um alto número de provocação à máquina judiciária, que implicará em seu congestionamento e na não solução efetiva do direito que se busca.

Feito o estudo sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, sua origem, fundamentos e pressupostos, seguirá este estudo sobre este instituto no cenário brasileiro.

## **4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Neste capítulo será abordado o Estado de Coisas Inconstitucional dentro do cenário carcerário brasileiro.

Para tanto, será brevemente exposto aspectos e características da evolução da História do Direito Penal, o estudo das escolas penais, bem como a evolução do Direito Penal brasileiro.

Através deste sucinto estudo, será possível compreender as penas aplicadas aos infratores em vários momentos históricos e, por fim alcançar a concepção de que a drástica situação carcerária atual tem um importante lastro e reflexo histórico, marcado por torturas generalizadas, penas de morte, açoites, mutilações, além de um considerável abrandamento da pena para a nobreza – ou seja, uma preferência para a aplicação de penas severas a um específico grupo de pessoas.

### **4.1 Evolução Histórica do Direito Penal**

Entender o direito penal vigente é passar por sua evolução histórica e compreender que a pena privativa de liberdade, aplicada hoje como a mais severa pena, nem sempre foi a pena mais atemorizante.

Em tempos remotos, a pena já se fundamentou na vingança divina, privada e pública, mas com contornos e características ainda piores dos que assinalam a atual conjuntura. É o que será exposto ligeiramente adiante.

No Direito Penal Primitivo, em razão da sociedade, àquela época, mudar-se constantemente para a produção e sobrevivência, os conflitos com outros povos que já habitavam na terra onde se pretendia prover a sobrevivência, fazia nascer conflitos por aquela propriedade.

Diante destes conflitos e para evitá-los, bem como harmonizar os povos que buscavam a “titularidade” daquela propriedade, criaram as normas e a pena, ou seja, o castigo aplicado àquele que violou a norma.

Esta pena, entretanto, não possuía o sentido atual, mas era um castigo fundamentado em uma “vingança divina”, assinalado por forte influência das

religiões na sociedade, cuja proporcionalidade era dosada à partir do deus ofendido, o que significa dizer que quanto mais importante a divindade, mais gravoso seria o castigo. Em razão desta característica teocrática das penas, os castigos eram cruéis e desumanos, cuja maior preocupação era intimidar o infrator e a coletividade para que não violasse as leis divinas. Legislação típica do *Código de Manu*, Egito, China e Babilônia (BITENCOURT, 2018, p. 83).

Este regramento que vigorava no Oriente antigo evoluiu para a “vingança privada”, que recairia sobre um grupo de pessoas ou sobre o indivíduo e consistiria no banimento com a conseqüente pena de morte e até guerras grupais, envolvendo grupos de pessoas (BITENCOURT, 2018, p. 83).

Mais adiante, como uma primeira tentativa de aplicar uma ideia de humanização e proporcionalidade das penas, surge a *lei de talião*, com a máxima *olho por olho, dente por dente*, com destaque para o Código de Hamurabi (Babilônia), Exôdo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos).

Posteriormente, em razão da deformação dos povos que sofriam as penas da *lei dei talião*, passou a ser possível a composição, consistente na troca de bens materiais quando o crime fosse patrimonial e, até mesmo na possibilidade da comercialização da liberdade.

Ainda, com forte influência religiosa e característica intimidatória, cruel e degradante, a pena passa a ser aplicada para a segurança do soberano e sua aplicação não será mais privada, mas naquele momento histórico, o Estado estava incumbido de aplicá-la.

Avançando, no direito penal romano, inicialmente, a pena era aplicada no âmbito doméstico e pelo “chefe da casa”.

No reinado, a pena tinha a sua característica sagrada, no período republicano, com a separação do Estado e Igreja, vigorou a *lei do talião* e um caráter preventivo e, por fim, no Império, com a finalidade intimidatória, a pena volta a ter o seu rigorismo e mais uma vez, prestigia-se a pena de morte e trabalhos forçados. (NUCCI, 2018, p. 39).

Interessante a compreensão sobre a pena privativa de liberdade no direito penal romano que, com seu caráter público, era apenas uma necessária passagem para a aplicação da pena de morte, cuja finalidade era a obtenção de uma confissão ou evitar a fuga.

Nos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt sobre a pena privativa de liberdade (2018, p. 86):

A pena de morte, que praticamente havia desaparecido, pois, até a era de Adriano (117 -138 d.C.), ressurgiu com grande força, no século II d.C., com o aparecimento dos crimes extraordinários, tais como furto qualificado, estelionato, extorsão, aborto, exposição de infante. A esses crimes pode-se acrescentar os crimes essencialmente religiosos, como blasfêmia, heresia, bruxaria etc. A prisão era conhecida na Antiguidade tão somente como prisão-custódia, como depósito, uma espécie de antessala do suplício, onde os condenados aguardavam para a execução da pena propriamente dita.

O direito penal germânico, por sua vez, passou por fases da vingança privada, composição e vingança de sangue.

Na antiguidade, o direito penal germânico não estabeleceu a prisão como uma pena, já que o predomínio eram de penas corporais e capitais.

Bitencourt, na sua obra “Falência da pena de prisão”, expõe que os infratores eram recolhidos em lugares insalubres, calabouços, torres, afinal não existia uma engenharia própria para a prisão.

Nas suas palavras (2011, p. 30-31):

Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que naquela época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se de horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.

Adotou-se a ordália, na Idade Média, que consistia na submissão do suposto infrator a testes ou desafios irracionais para que provasse a sua inocência; além de duelos judiciais, com a prevalência do mais forte.

Sobre o direito penal canônico, com forte ligação entre Estado e Igreja, a punição ainda era rigorosa, mas um dos objetivos passou a ser a regeneração do condenado.

O pecado e o delito tendiam a escravidão e para que se libertassem dessa escravidão, necessário o cumprimento da pena e como importante

contribuição para as prisões modernas, do direito penal canônico, se originou o termo “penitenciária”.

Nas palavras de Bitencourt (2018, p. 89):

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”.

Na Idade Média, a Igreja Romana instaurou o procedimento inquisitivo, que se valia da tortura para obter a confissão (“rainha das provas”) e penas cruéis e públicas para a punição dos culpados na “Santa Inquisição”. Neste período, milhares foram os números de mortos e de falsas confissões para cessar a tortura (NUCCI, p. 41):

Não eram incomuns, nessa época, julgamentos após a morte. Num único dia, em 1245, em Montsegur, 200 infiéis foram queimados. Sob a tutela de Torquemada (1483-1498), a repressão da Igreja atingiu proporções terríveis. Ela possuía uma rede de espões, muito dos quais juntavam-se a ele apenas por autoproteção. Ainda que a confissão pudesse salvar o acusado da morte, não o salvava do confisco de da prisão. Dados da Inquisição, indicam que Torquemada conseguiu mandar para a fogueira inúmeras pessoas e milhares para a prisão.

Apesar das mazelas verificadas na Inquisição, algumas outras contribuições do direito canônico são observadas. Dentre elas, além do objetivo da pena de regenerar o infrator, conceitos de arrependimento, meditação que a pena exerce sobre a pessoa, estão intimamente relacionadas com o direito canônico.

Sobre a influência nos princípios que direcionam a prisão moderna, as ideias de redenção, caridade, fraternidade foram extraídas deste contexto e com o intuito de reabilitação (BITENCOURT, 2018, p. 89).

Na Europa Medieval, nos séculos XII a XVI, o direito penal comum vigorava no seu território e seus fundamentos eram obtidos de um estudo através do direito penal romano, germânico e canônico, sem nenhum avanço humanitário.

No século XVIII, a indignação com a excessiva crueldade das penas, que privilegiavam castigos corporais e capitais, dá-se início ao período humanitário.

Surgiu um movimento de ideias no bojo da Revolução Francesa, cuja concepção era estender o domínio da razão a todos os âmbitos de conhecimento. Pregavam a mudança do sistema punitivo e, dentre os seus expoentes, destacam-se Voltaire, Montesquieu e Rousseau, que criticavam constantemente o sistema punitivo e pregavam a necessidade da proporcionalidade e humanização da pena. (BITENCOURT, 2018, p. 92)

Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, notável figura dentro do contexto humanitário da pena, sempre pregou pela prevenção do crime em detrimento do castigo em si.

Sua obra, “Dos Delitos e das Penas”, propõe mudanças no sistema punitivo até então desumano e cruel e traz uma nova leitura baseada no contratualismo e utilitarismo da pena.

Nos primeiros capítulos, explica sobre o contrato social, que implica na livre reunião dos homens ao criarem uma sociedade e, ao romperem como as normas deste contrato, é através da aplicação da pena que será assegurada a sobrevivência da sociedade (BITENCOURT, 2019, p. 95).

Somado a isso, o utilitarismo pena pregado por ele consistia em afastar a ideia de vingança da pena, mas apenas considerá-la como uma prevenção a novos delitos. Trouxe ideais humanitários e defendeu a proporcionalidade da pena.

Contemporâneo ao Beccaria, o inglês Jonh Howard, outro importante nome do Iluminismo, voltava a sua preocupação aos estabelecimentos prisionais, defendendo a criação de ambientes adequados para o cumprimento da pena, higienizados, com alimentação e assistência médica adequadas (BITENCOURT, 2019, p. 97).

Por fim, o inglês Jeremias Bentham pregou também o utilitarismo da pena. Além disso, expôs sua preocupação com a arquitetura penitenciária através do “panótico” – construção arquitetônica de um presídio ideal, onde se permitia uma vigilância integral sobre os custodiados - e considerava o fim principal da pena a prevenção de delitos semelhantes, assim, o efeito preventivo geral se sobrepunha ao fim punitivo da pena.

Sobre o sistema panótico, Guilherme de Souza Nucci explica (2018, p. 48):

A origem do termo advém de “pan-óptico”, ou seja, aquilo que permite uma visão total. Todas as celas voltavam-se para o centro do presídio e o condenado passava praticamente o dia todo em constante vigilância. Para Bentham, entretanto, a pena tinha a função de prevenção particular, que se aplica ao delinquente individual, e a prevenção geral, que se destina a todos os membros da comunidade.

Foi crítico do sistema carcerário que vigorava e defendia uma mudança das condições de encarceramento, já que o ambiente era inadequado e propiciava o aumento da criminalidade, dando origem ao que se denomina de “*subcultura carcerário*”. Assim, Bentham (1979) apud Bitencourt (2018, p. 97-98):

A opinião que nos serve de regras e de princípio é a de pessoas que nos cercam. Estes homens segregados assimilam linguagem e costumes, e por um consentimento tácito e imperceptível fazem suas próprias leis, cujos autores são os últimos dos homens: porque em uma sociedade semelhante os mais depravados são mais aduzes e os mais malvados são mais temidos e respeitados. Composto deste modo, esta população apela da condenação exterior e revoga suas sentenças.

Bentham não desconsiderava o fim retributivo da pena, desde que proporcional, mas a prevenção geral da pena deveria ser a sua principal finalidade. Com isso, àquela época, na Inglaterra, Bentham conseguiu um abrandamento na severidade das penas aplicadas.

## 4.2 Estudo das Escolas Penais

Verificada ligeiramente a evolução histórica do direito penal, será feito um apanhado sobre importantes características das Escolas Penais Clássica, Positiva e Eclética.

Na época antiga e medieval as penas aplicadas aos infratores eram, além de desproporcionais ao delito praticado, desumanas e com intenso sofrimento físico ou moral, com constante prática da tortura para a confissão e o direito penal sempre caracterizado pela vingança privada, composição e vingança pública (NUCCI, 2018, p. 45).

Percursor da Escola Clássica, Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, na Itália, inconformado com as condições e natureza das penas aplicadas,

no século XVIII, no período Iluminista, pregou a necessidade da proporcionalidade da pena e legalidade da pena, bem como pregou a abolição da tortura e a responsabilidade penal, além da missão ressocializadora da pena, logo, contornos de um ideal humanitário.

Outro expoente da escola clássica foi Carrara, importante incentivador da abolição da pena de morte e da proporcionalidade da pena, que defendia que o delito advinha do livre arbítrio do homem, com ênfase na responsabilidade moral.

Guilherme de Souza Nucci explica (2018, p. 46):

A escola clássica encontrou seu grande representante e consolidador em Carrara, que se manifestou contrário à pena de morte e às penas cruéis, afirmando que o crime seria fruto do livre-arbítrio do ser humano, devendo haver proporcionalidade entre o delito e a sanção aplicada. Passou-se a considerar que a responsabilidade penal se fundava na responsabilidade moral, justamente porque se deu ênfase ao livre-arbítrio. O crime passou a ser tratado com um ente jurídico, e não como um simples fato do homem. O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção, embora pudesse haver – e até fosse desejável que ocorresse – a emenda do infrator.

Além dos importantes nomes já citados, Jeremy Bentham e John Howard também contribuíram para a escola clássica com fortes críticas à situação carcerária àquela época, que traziam traços importantes que hoje se verifica no sistema prisional brasileiro, como a característica do encarceramento em massa dos presos provisórios, que aguardavam o julgamento definitivo de seus delitos – que geralmente culminaria na pena de morte – e a marca da superlotação carcerária de pequenos criminosos e mendigos (NUCCI, 2018, p. 47).

Adiante, com Cesare Lombroso, Rafael Garofalo e Henri Ferri com expoentes, a escola positiva – que introduziu a ideia do criminoso nato - surge no fim do século XIX, em um contexto de grande desenvolvimento das ciências sociais, o que determinou o norte nos estudos da criminologia, com uma importante ênfase na defesa social – e aqui, a pena deveria ser aplicada por ser a reação natural da sociedade contra o criminoso e, em consequência, a ressocialização do delinquente deixou de ser o principal objetivo da pena. O crime e o criminoso eram considerados, ademais, patologias do organismo social, logo, a pena terá o caráter

utilitarista, e não se analisa mais o crime em si, mas a personalidade e periculosidade do delinquente (BITENCOURT, 2018, p. 113).

Por considerar os aspectos da periculosidade, conduta social e personalidade do agente – aspectos contrários aos observados pela escola clássica, que pregava a reabilitação da delinquente e analisava o crime sobre o seu aspecto da responsabilidade do fato -, a escola clássica, ainda assim, contribuiu para a concepção da individualização da pena para a fixação de justa pena.

Por fim, em busca de uma conciliação entre as duas escolas, clássica e positiva, surgem as escolas ecléticas. A primeira delas, a *Terza Scuola Italiana*, criada a partir de Manuel Carnevale, afasta a responsabilidade moral fundamentada no livre-arbítrio, distingue imputáveis de inimputáveis – aplicação de pena ou medida de segurança -, o escopo da pena é defender a sociedade, mas reconhece-se o seu caráter aflitivo (BITENCOURT, 2018, p. 118).

Outra importante escola eclética foi a Escola Alemã, cujo principal expoente foi Franz Von Liszt, que defendeu que a criminalidade seria fundada em razões sociais e criou a Escola Sociológica Criminal. Ademais, rechaçava a ideia do livre-arbítrio, defendida pela escola positiva, mas filiava-se a ideia do estudo do criminoso, já que a pena deveria considerar a sua personalidade (CUNHA, 2017, p. 52).

Analisadas as escolas penais clássica, positiva e ecléticas, que contribuíram para o estudo da pena, adiante, será feito um conciso estudo sobre a evolução da pena no direito penal brasileiro.

### **4.3 Evolução do Direito Penal no Brasil**

O direito penal brasileiro que, *à priori*, regeu-se pelas leis portuguesas, é dividido em três períodos que serão sinteticamente discorridos neste subtítulo.

Antes da colonização, os silvícolas que aqui habitavam valiam-se da vingança privada como forma de sancionar os seus membros, mais notadamente, das penas corporais, mas sem a prática da tortura.

A partir de 1500, com o descobrimento do Brasil, vigoraram os ordenamentos jurídicos portugueses, quais sejam, Ordenações Afonsinas e,

posteriormente, as Ordenações Manuelinas, que não foram eficazes em razão das peculiaridades da colônia.

Importante característica destas ordenações são que as penas previstas a serem aplicadas ao escravo e ao peão eram as mais cruéis, como açoites, escárnio, mutilações, morte na forca e, por sua vez, para a nobreza, as penas seriam mais brandas (NUCCI , 2018, p. 60).

As Ordenações Filipinas vigoraram a partir de 1603 e não previam em seu texto qualquer forma de humanização das penas, mantendo o caráter cruel, penas excessivas, de açoite, morte e mutilação, além de mescla de crimes de menor e maior potencial ofensivo, ou seja, penas desumanas e desproporcionais aplicadas ao arbítrio do julgador, em total desconhecimento à legalidade.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, foi considerada um avanço democrático e com entornos iluministas. Estabeleceu a legalidade, proporcionalidade das penas e aboliu algumas penas cruéis ou desumanas.

Para melhor compreensão do avanço mencionado, Guilherme de Souza Nucci expõe (2018, p. 62):

Consagrou-se o princípio da legalidade, vedou-se a perseguição por motivo religioso; tornou-se a casa asilo inviolável; estabeleceu regras para a prisão, afirmando bases da presunção da inocência; prescreveu o princípio do juiz natural; consagrou o princípio da igualdade, aboliu as penas de açoites, torturas e marcas de ferro quente e outras penas cruéis, além de enaltecer o princípio da responsabilidade pessoal.

Em 1830, elaborou-se um Código do Império, com fundamento nas bases humanas e democráticas conquistadas na Constituição de 1824.

No período republicano e às pressas, foi elaborado um novo Código Criminal (1890), considerado o pior Código Penal da história brasileira, que ignorou toda a evolução humanitária e progressista conquistada outrora com o Código de 1832.

Ademais, com tantas falhas e inexatidões, inclusive formais, foram necessárias criações de leis penais extravagantes, dando surgimento a uma consolidação de leis penais que reclamou por reformas.

Diante da urgente necessidade de se estabelecer um novo ordenamento penal para o Brasil, Alcântara Machado apresentou um projeto de

Código Criminal em 1937, que foi sancionado em 1940, em vigor desde 1942 até os dias atuais.

#### 4.4 A Crise no Sistema Carcerário Brasileiro

Nesta oportunidade serão abordadas as principais características do sistema carcerário no Brasil e as causas que contribuem, efetivamente, para a problemática instaurada neste contexto.

Não se pretende, contudo, esgotar todos os infortúnios verificados nas prisões brasileiras, posto que infindáveis, mas apenas elencar algumas mazelas com o fim de demonstrar que a execução da pena, apesar da sua formal característica reformadora, acaba por ser substancialmente punitiva, ainda que respeitados critérios da proporcionalidade (ex: artigo 59, Código Penal) quando da sua aplicação na sentença condenatória.

*A priori*, com base constitucional, alguns princípios com fundamentos democráticos devem ser observados para a aplicação e execução da pena. Dentre eles: princípio da igualdade material, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da individualização da pena e princípio da presunção da inocência.

Assim, a Constituição Federal, em seu artigo 5º estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Todo e qualquer direito fundamental acaba por ser desrespeitado na prática do encarceramento brasileiro, o que viola incisivamente a dignidade da pessoa humana.

Não só apenas os direitos constitucionais, mas também aqueles previsto na Lei de Execução Penal com fundamento da dignidade da pessoa humana, como o direito a tratamento específico, vestuário condizente, alimentação, tratamento igualitário, dentre outros, são violados.

Sarlet, sobre a dignidade da pessoa humana (1998, p. 107):

Assim, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba, necessariamente o respeito e a integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas, limitações aos meios de prova (utilização do detector de mentiras), regras realtivas aos transplantes de órgãos, etc.

Será observada a discrepância existente entre a realidade dos fatos e aquilo preconizado na lei, comparação está que contribuirá para o entendimento da declaração da situação de estado de coisas inconstitucional.

Não só a Constituição Federal, mas a Lei de Execução Penal traz uma realidade fictícia, assim entendida pelo Ministro Celso de Melo quando do seu voto na ADPF 347/DF. Vejamos (DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, 2015):

Não hesito em dizer, por isso mesmo, Senhor Presidente, a partir de minha própria experiência como Juiz desta Suprema Corte e, também, como antigo representante do Ministério Público paulista, tendo presente a situação dramática e cruel constatada no modelo penitenciário nacional, que se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo de ficção que revela um assustador universo de cotidianas irrealidades em conflito e em completo divórcio com as declarações formais de direitos que – embora contempladas no texto de nossa Constituição e, também, em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas, notadamente aquelas emanadas de seu Conselho Econômico e Social – são, no entanto, descumpridas pelo Poder Executivo, a quem incumbe viabilizar a implementação do que prescreve e determina, entre outros importantes documentos legislativos, a Lei de Execução Penal.

O cumprimento da pena em estabelecimento prisional, neste país, não traz o significado de justiça. Isso decorre do fato de um cumprimento de pena estritamente punitivo, que não traz com efetividade os mecanismos para a ressocialização do condenado.

A execução da pena de forma degradante e cruel afasta a aplicação do princípio da humanidade, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio proíbe a punição por parte do Estado de forma a atingir a dignidade da pessoa humana, sua integridade física ou psíquica.

Bittencourt explica sobre o princípio (2018, p.73):

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos quem impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio da humanidade.

Estamos diante de um conjunto de políticas públicas que visa o encarceramento em massa sem que, apesar de prever a finalidade ressocializadora, como preconiza o artigo 1º da Lei de Execução Penal quando discorre sobre a integração social que a execução da pena objetiva, seja aplicada pelo Estado.

O mesmo autor, no artigo “Nas prisões brasileiras o Mínimo que se perde é a liberdade”, publicado em 06 de janeiro de 2017 na mídia digital relata um breve panorama da situação carcerária atual:

No entanto, a violência das prisões, o empilhamento de presos, a falta de vagas, a inexistência de celas individuais, de vasos sanitários, de camas ou colchões, a insuportável insalubridade e o desrespeito à dignidade humana são a tônica de todas as prisões brasileiras. Aliás, essas deficiências sistêmicas ganharam repercussão mundial e envergonharam a nação brasileira, a ponto de a Itália negar a extradição de brasileiro em razão das péssimas condições de nosso desumano e indigno sistema penitenciário. [...] Nessas prisões o mínimo que se perde é liberdade, pois ao adentrar no sistema prisional já se perde a identidade e vira-se um número qualquer, perde-se, simultaneamente, dignidade e honra, sendo submetido a humilhação, a maus tratos, à miséria, a violência sexual, as doenças infecto- contagiosas!

Problema alarmante e que agrava a crise nas prisões do país de todas as formas é a superlotação carcerária. Gláucia Tavares, ao dissertar sobre a “Crise

do Sistema Penitenciário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional” (2018, p. 169) para o Conselho Nacional do Ministério Público, quando da pesquisa intitulada “A visão do Ministério Público sobre o sistema Prisional Brasileiro”, foi feliz ao expor que:

Pode-se afirmar, portanto, que a pena privativa de liberdade é o meio escolhido pela sociedade contemporânea para fazer com que os apenados reflitam sobre sua postura, de tal forma que eles busquem sempre melhorar enquanto sujeito ao longo do cumprimento da pena. Na maioria das vezes e por inúmeras causas, porém, estas finalidades não têm sido concretizadas, o que se configura em uma verdadeira lástima, tendo em vista o número de estabelecimentos penitenciários existentes e, por consequência, o número excessivo de condenados a cumprir sua pena nos mesmos. Assim é fácil demonstrar as inúmeras formas de violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na lógica do sistema prisional e, ainda, o mito da função ressocializadora da pena de prisão.

Dados estatísticos extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, corroboram a afirmação e revelam que, em junho de 2016, a população carcerária brasileira 726.712 para 368.663 vagas, ou seja, aproximadamente uma vaga para dois presos.

Dentre este alvitante número, nesta mesma pesquisa, concluiu-se que 40% dos presos são provisórios, ou seja, não foram condenados definitivamente, 38% encontram-se em regime fechado, 15% cumprem pena no regime semiaberto e 6% no regime aberto.

Sobre a raça e cor, a pesquisa estava disponível para 493.145 pessoas. A partir desta amostra, afirma-se que 64% da população carcerária brasileira é composta por pessoas negras.

Com relação à escolaridade, a pesquisa estava disponível para 70% das pessoas privadas da liberdade e extraiu-se que, 51 % desta população não concluíram o ensino fundamental, 14% não chegaram ao ensino médio e 15% não concluíram o ensino médio.

Interessante a observação de que o nosso “sistema penal” e aqui, entende-se a atividade legislativa, judiciária, policial, da sociedade e da execução, como um sistema que persegue e pune especialmente determinada classe ou grupo social.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2018, p. 72):

Com efeito: “punição” é ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal, podendo ser ações que denotem qualidade pessoais, posto que o sistema penal, dada sua seletividade, parece indicar mais qualidade pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações.

Com relação à faixa etária, a pesquisa estava disponível para 514.987 pessoas. Dentre este número, 55% são de jovens entre 18 e 29 anos, 19% são de pessoas entre 30 e 34 anos, a mesma porcentagem para a faixa etária entre 35 e 45 anos e 7% para pessoas entre 46 e 60 anos.

Sobre as pessoas com deficiência, esta mesma pesquisa apontou que 64% das pessoas com deficiência cumprem pena em unidade não adaptadas, 25% em unidades parcialmente adaptadas e apenas 11% em unidade adaptadas.

Estes números trazem uma discrepância nítida entre o caráter ideológico da pena, retributiva e ressocializadora, da realidade dos fatos, onde a punição é a única finalidade almejada.

Ademais, quando da imputação da pena, o que se observa são mecanismos de tortura que afastam o viés ressocializador da pena, o que tem origem no sistema prisional arcaico e na ineficiência e demora do judiciário.

O Brasil ocupa a posição de terceiro lugar no ranking de países com o maior índice de encarceramento do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos e a China.

A superlotação carcerária, fato que agrava a crise penitenciária brasileira, decorre, especialmente, em razão de crimes contra o patrimônio e tráfico de entorpecentes e, na grande maioria das vezes, os crimes não são cometidos mediante violência ou grave ameaça. Veja-se:



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016, disponível em <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>

Corroborando os dados, segue parcela do voto do Ministro Luis Roberto Barroso na ADPF 347/DF (DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, 2015):

Mais da metade da população carcerária brasileira é de pessoas presas por drogas ou presas por furto. E o índice de pessoas presas por colarinho branco - é até constrangedor dizer - é abaixo de 1%, nessas estatísticas globais. Estou fazendo esse argumento um pouco pra demonstrar que prendemos muito - para usar um lugar-comum -, mas prendemos mal. Para não ficar apenas na retórica da frase, estou procurando demonstrar que não prendemos aqueles que a sociedade brasileira considera os seus grandes vilões. O índice de apuração de homicídios no Brasil - esta, sim, uma criminalidade violenta e grave - é de menos de 10%. É uma ínfima quantidade de pessoas que é efetivamente condenada por crimes violentos.

Em decorrência deste encarceramento em massa, os detentos adquirem as mais variadas doenças, sejam elas venéreas, de trato respiratório, como a tuberculose, psíquicos ou aquelas em decorrência da insalubridade do local.

A atmosfera das prisões atrapalha ou impede o bom funcionamento psíquico dos reclusos. As condições em que se encontram atingem de forma negativa a sua saúde mental de tal forma a ocasionar desequilíbrios temporários ou até mesmo um quadro permanente ou duradouro de instabilidade psicológica.

Verificam-se, de forma constante, atitudes violentas produzidas dentro do sistema carcerário em resposta ao tratamento fornecido pela unidade e que representam forma de comunicação aos demais membros da unidade ou comunidade, já que permanecem em celas isoladas, privados do convívio social.

A segregação total que é proposta no encarceramento tem como resposta os graves problemas psíquicos enfrentados pelos internos da unidade e justificam um alto índice de suicídio nas unidades prisionais.

Bitencourt afirma em sua obra “Falência da Pena de Prisão” que todas as pessoas que entram na prisão estão propensas a uma perturbação psicológica carcerária (2011, p. 201):

A ausência de verdadeiras relações humanas, a insuficiência ou mesmo a ausência de trabalho, o trato frio e impessoal dos funcionários penitenciários, todos esses fatores contribuem para que a prisão converta-se em meio de isolamento crônico e o odioso.

[..] A prisão violenta o estado emocional, e, apesar das diferenças psicológicas entre as pessoas, pode-se afirmar que todos os que entram na prisão – em maior ou menor grau- encontram-se propensos a algum tipo de reação carcerária.

De mais a mais, reprimido o seu extinto sexual, indo contra a natureza humana e sua vontade, além de problemas de ordem psíquica e físicos, os presos são atingidos por problemas sexuais, que refletirão na sua esfera psicológica e física.

A abstinência sexual imposta dentro do sistema carcerário, além de contribuir para o estresse extremo, consome a energia psíquica e o seu temperamento.

Outros problemas estão atrelados à abstinência obrigatória que se verifica nas prisões, como a deformação da sua autoimagem, dificuldades em reviver a sexualidade normal, alto número de divórcios, dentre outros.

Nas palavras de Bitencourt (2011, p. 204-205):

A escassez da atividade sexual na prisão é consequência direta das condições objetivas da forma de vida carcerária, que não estimula sua prática. O problema surge a partir do momento em que se reprime o instituto sexual, contrariando não só as leis da natureza mas a própria vontade do atingido.

As circunstâncias em que os sentenciados são custodiados violam os seus direitos fundamentais de forma continua e massiva.

A observância da proteção á dignidade da pessoa humana são estendidos a todos os indivíduos nesta condição, independente de indivíduos com a privação de sua liberdade ou não.

O que se defende não é que a pena a ser cumprida não tenha o seu caráter retributivo, mas que esse viés seja limitado ao que se propõe.

Assunto polêmico discutido na sociedade brasileira circunda sobre a violência e criminalidade significativa do país. São situações multiplicadas, que ocorrem, em especial nas áreas urbanas, que agravam uma sensação de impunibilidade e insegurança.

A lei brasileira prevê a ressocialização e, no entanto, dada as circunstâncias drásticas a que se recolhem os indivíduos privados de sua liberdade, não é aplicada e, além disso, a retribuição da pena, a sua punição, acaba por exceder o que se pretendia, alcançando, além do castigo físico, um castigo que inevitavelmente alcança a psique, a saúde, através de torturas, tratamento degradante, insalubridade, falta de estrutura e atendimento adequado, impossibilitando a ressocialização, o que contribui para o aumento da criminalidade. É o que é chamado de fator criminógeno das prisões, apontado pelo Doutor Cezar Roberto Bitencourt (2011), influenciado por critérios materiais, dada a péssima condição das prisões, psicológicos e sociais, na medida em que a sociedade tem avançado de forma veloz e a ressocialização é dificultada.

Somado aos problemas citados, o recolhimento nas condições citadas, desencadeiam na “desculturalização” dos sentenciados, que implica dizer que o preso deixa de ter aptidão para adquirir ou esquece-se dos hábitos exigidos na sociedade de um modo geral.

Bitencourt orienta (2011, p. 174):

Outro efeito negativo que uma instituição total produz e que torna difícil, para não dizer impossível, a ressocialização do recluso é a submissão do interno a um processo de desculturalização, ou seja, perda da capacidade para adquirir hábito que correntemente se exigem na sociedade em geral. Todos os aspectos aqui relacionados a respeito de uma instituição total como a prisão, demonstram que esta é instrumento inadequado para a obtenção de algum efeito positivo sobre o recluso e reforçam a tese de que a prisão, como resposta penológica, encontra-se efetivamente em crise.

Fragoso entende pela “subculturalização” (1987, p. 300/301):

Como Instituição total, a prisão necessariamente deforma a personalidade, ajustando-se à subcultura prisional (prisonização). A reunião coercitiva de pessoas do mesmo ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento corrompe e avilta. Os internos são submetidos às leis da massa, ou seja, ao código dos presos, onde impera a violência e a dominação de uns sobre os outros.

Ainda a abordagem realizada pelo Estado no cumprimento da pena está bastante íntima à punição do “ser” – característica de uma pena voltada para determinado grupo de pessoas - e não do ato infracional propriamente dito contribui para as mazelas que afrontam a dignidade dos presos. Neste viés, Raul Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 119):

Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora da conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação.

O que se conclui da realidade dos fatos e através dos estudos sobre o tratamento voltado à punição e “ressocialização” das pessoas em cumprimento de pena, é que todos eles passam por um processo de despersonalização, já que, obrigatoriamente, estão incluídos em uma nova cultura dentro do sistema carcerário que, conseqüentemente, os afastam da cultura social externa.

É importante que se entenda que quando Estado traz para si a persecução penal e a aplicação da pena e prevê, como um dos seus objetivos, a ressocialização da pena, deve impor aos poderes públicos não apenas que se elaborem leis para a garantia dos direitos fundamentais, mas mecanismos de implementá-los e fiscalizá-los.

É o que o Ministro Edson Fachin esboçou do seu voto na ADPF 347/DF, conforme será verificado (DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, 2015):

Quando o Estado atrai para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela. A pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre. Deve funcionar sim como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca.

Infelizmente, as chances de reinserção na sociedade são quase nulas. Esses fatos, pouco observados pela sociedade brasileira e ainda mais, pelos poderes públicos, justificam a grande problemática encontrada quando do egresso do indivíduo do sistema prisional, que por vezes acaba por desestabilizar a tranquilidade social.

#### **4.5 ADPF 347/DF**

Em razão da preocupação existente com a efetividade dos direitos fundamentais dos custodiados no sistema carcerário brasileiro é que se declarou, em 2015, pelo STF, o estado de coisas inconstitucional.

Os problemas relacionados ao sistema carcerário além de advirem da superlotação carcerária, como observado, atingem o mínimo existencial das pessoas custodiadas por não serem fornecidos pelo estado alimentação adequada, água potável, produtos de higiene, educação, pela prática de discriminação social, racial e o péssimo controle estatal sobre a execução da pena, dentre outros.

Diante deste quadro de massiva e contínua violação de direitos fundamentais, o PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, requereu, em sede de ação de descumprimento de preceito fundamental, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional para o sistema carcerário brasileiro, providência de medidas capazes de superar a violação aos direitos fundamentais e a supervisão da prática dos atos voltados à superação da crise penitenciária instaurada.

Na petição proposta pelo PSOL, o partido encara a situação carcerária de forma a esmiuçar as mazelas vivenciadas pelos sentenciados. No esboço da situação fática carcerária, é exposto o problema da superlotação carcerária e da

abusividade da prisão provisória, cujos dados estatísticos já foram explicitados no tópico anterior.

Ademais, de forma coerente, o Partido explora a situação carcerária feminina, informando a ausência de estabelecimento próprio e adequado para as parturientes, gestantes, mães, ausência de berçários, atendimento médico pré e pós natal, ausência de fornecimento de produtos de higiene básicos, como absorvente e carência de médico ginecologista.

Sobre as minorias sexuais, o partido alude sofrerem com a servidão e violência sexual, de forma a contraírem diversas doenças sexualmente transmissíveis.

O pedido proposto pelo partido tem o escopo de atender o mínimo existencial das pessoas em cumprimento de pena e sobre a garantia do mínimo dos direitos fundamentais, não se pode justificar a sua não prestação com a reserva do possível.

A ação citou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil a tomar medidas capazes de acabar com as situações de risco e que protejam à vida, integridade pessoal, moral e psíquica dos condenados em diversas penitenciárias.

Somado a isso, o Partido alega a inobservância de inúmeros tratados internacionais sobre direitos humanos, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas cruéis, Desumanas e Degradantes.

Na cautelar, os pedidos foram: ordenar a aplicação das audiências de custódia no prazo máximo de 90 dias; determinar que juízes e tribunais, ao decretar a prisão provisória ou mantê-la, justifiquem a não aplicação de medidas cautelares diversas; exigir aos juízes e tribunais durante a aplicação da pena, execução da pena e na concessão de cautelares, que considerem a crise no sistema penitenciário; que sejam observadas as medidas cautelares diversas a prisão quando da aplicação da pena; determinar aos juízes da execução penal uma maior flexibilidade quando da concessão dos benefícios e direitos voltados aos presos desde que o cumprimento da pena se mostre mais severo do que aquele previsto em lei e o abatimento de parte do cumprimento da pena quando demonstrado que o cumprimento, por si só, foi mais severo que aquele determinado pelo ordenamento

jurídico; determinar ao CNJ a coordenação de mutirão para a revisão dos processos de execução penal e, por fim, o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a proibição de novos descontingenciamentos pela União.

No mérito, os pedidos foram mais amplos. Vejamos alguns deles: a declaração do ECI; fosse determinada a elaboração de um plano nacional para superar o ECI pelo Governo Federal ao STF, no prazo de 03 meses, com planos a serem implementados em até 03 anos; que este plano contenha soluções à superlotação carcerária, controle e reversão do hiperencarceramento; redução dos presos provisórios; adaptação das instalações carcerárias em conformidade com a lei e em relação à condições adequadas de saneamento, higiene, salubridade, segurança, conforto; separação dos presos com relação ao sexo, natureza do delito, idade; garantia de assistência jurídica, material, médica, alimentação adequada, trabalho com remuneração e digno; habilitação dos profissionais; extermínio das práticas de maus tratos contra os presos, tortura, tratamento cruel; tratamento adequado às minorias, como mulheres, e população LGBT; previsão de todos os recursos necessários para a efetivação das medidas e um cronograma para o cumprimento; realização de audiência pública com a sociedade civil sobre a elaboração do plano; possibilidade de elaboração de planos pelos estados para a superação da crise; controle e efetivação das medidas a serem realizados pelo STF.

Sobre todo o exposto no presente estudo, na ADPF apresentada pelo PSOL para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, não há dúvidas que todos os seus pressupostos foram realizados.

É explícita a massiva e constante violação dos direitos fundamentais dos presos aqui custodiados, o que decorre tanto da superlotação carcerária, marcada por uma perseguição a determinada classe social, insalubridade dos estabelecimentos, ausência de infraestrutura, alimentação e tratamento adequado, até a falta de percepção dos políticos, operadores do direito e da sociedade sobre a necessidade de um olhar mais humanizado sobre a pena - o que contribuiria para a diminuição da reincidência e criminalidade - afinal, este assunto se mostra desinteressante para esta parcela da sociedade.

Sobre a falha estrutural, decorrente das omissões dos poderes públicos em promover políticas públicas capazes de alcançar a realização dos direitos

fundamentais, é evidente que, além da necessidade de se desbloquear e liberar o orçamento para reformas, construção e melhoria dos presídios, o Poder Executivo, malgrado aprove leis para esta minoria estigmatizada, por razões políticas, não se compromete em cumpri-las.

Consequência das omissões de todos os poderes, seja na elaboração das normas, efetivação e aplicação, vislumbra-se uma crise instaurada nas penitenciárias brasileiras.

Logo, a decisão promovida na ADPF para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é voltada a todos os poderes públicos responsáveis pelas mazelas instauradas nos presídios.

Por fim, essa violação constante dos direitos fundamentais tem efeito na máquina judiciária estatal, que já sofre impactos com um abarrotamento de processos de diversas problemáticas, sofre também com os efeitos da má gestão das penitenciárias e das pessoas ali recolhidas, através de, por exemplo, inúmeras demandas pleiteando a liberdade provisória para réus primários que cometeram crimes sem violência ou grave ameaça, processos requerendo a condenação do Estado em danos morais e materiais, dentre tantas outras possibilidades.

Trata-se, portanto, de etapa preciosa que precisou ser promovida pelo poder judiciário, no sentido de exercer um ativismo judicial de forma estrutural, mas cujo objetivo era o de enfrentar as omissões estatais, impondo a elaboração de políticas públicas por diversos órgãos para que, ao menos, o mínimo existencial, fosse preservado.

#### **4.6 Da Decisão Proferida na ADPF 347/DF**

Após reconhecido preenchidos os pressupostos necessário e apesar de o mérito da ação ainda não ter sido julgado, fora dado parcial provimento para o pedido liminar e determinou-se a realização da audiência de custódia em prazo de até 24 horas do momento da prisão, bem como se determinou que a União liberasse o saldo do Fundo Penitenciário Nacional para a sua finalidade e não mais realizasse novos contingenciamentos.

O Ministro Marco Aurélio, Relator do julgamento da presente ADPF afirmou tratar-se de “pauta impopular”, que abarca direitos e garantias de uma

minorias cuja dignidade não é respeitada. Além disso, afirmou que o STF tem a missão de defender as minorias, atuar de forma contramajoritária para reconhecer os direitos dos presos, que são estigmatizados e marginalizados e ainda, os poderes políticos acabam por ignorar o reconhecimento dos direitos para este grupo.

Grande problemática esboçada na decisão é quanto à impopularidade desta “grande” minoria.

A população se mostra satisfeita ao perceber que a função da pena é unicamente retributiva, ou seja, castigar o delinquente pelo crime que cometeu, de forma a afastar a própria dignidade da pessoa humana deste grupo.

Para atender essa satisfação de grande parte da população, muitos políticos sequer propõe políticas públicas, mecanismos ou formas para enfrentar a grave crise do sistema carcerário brasileiro, que deve ser combatida por todas as esferas, já que configura em uma falha estrutural.

A insatisfação da sociedade com a criminalidade e insegurança já instaurada no país faz com que a preocupação com os direitos e garantias fundamentais dos presos não seja pauta para discussão nesta democracia.

O Relator, ainda sobre a falha estrutural do poderes estatais em promover os direitos humanos (DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, 2015), aduz:

Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial.

Do julgamento da liminar, o relator esboçou o seu inconformismo com a situação carcerária brasileira, concordando com os pontos e mazelas arrolados pelo partido político.

Relatou, brevemente, as problemáticas vivenciadas dentro das unidades prisionais no Brasil, quais sejam (DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, 2015):

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Continua:

Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.

O Ministro Relator entendeu ser um quadro drástico da situação carcerária que alcança todas as unidades da federação e, por isso, a importância de se reconhecer a “falência do sistema prisional brasileiro”.

Ademais, relatou sobre a insuficiência de acesso à educação ou ao trabalho, convívio obrigatório dos presos com massacres, violências, torturas, o não respeito à individualização da pena, já que as celas não respeitam a idade e a periculosidade do crime.

A falência do sistema carcerário atinge os funcionários, que são insuficientes, mal remunerados e mal preparados para o trabalho que lhes são atribuídos, além da ausência de suporte material para o bom desempenho do trabalho.

Ainda sobre a falência do sistema carcerário brasileiro, a crise enfrentada pelos presos que não pode ser superada apenas pela elaboração de leis, mas por uma ampla atuação dos poderes públicos, além da não ressocialização, acarreta em um alto índice de reincidência criminal. É o que o Ministro Marco Aurélio explicita no mesmo julgado:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.

O Ministro Edson Fachin concorda e explicita (DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, 2015):

Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetive - um dia - reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência.

A realidade da situação carcerária brasileira se agrava mais ainda quando a superlotação carcerária é impulsionada por decisões mal fundamentadas, proferidas por juízes arbitrários, que deixam de fundamentar e motivar as suas decisões, o que acaba por superlotar as delegacias e penitenciárias de pessoas pobres, na maioria negras, que sequer cometeram crimes mediante violência e grave ameaça.

O Ministro Gilmar Mendes, a fim de solucionar a problemática relacionada à superlotação carcerária devido à ausência de fundamentação das decisões, propôs, em seu voto, que fosse expedido ofício ao ENFAM com plano de trabalho para o fim de que se realizassem trabalhos de conscientização e aperfeiçoamento dos juízes com relação à atual crise carcerária brasileira.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou já existir um pré-acordo com a Comissão Interamericana de Justiça para elaboração de um curso para os juízes brasileiros que versa sobre os direitos fundamentais e que explorará essa temática, mas, no entanto, é de inscrição facultativa.

Sobre as cautelares julgadas em setembro de 2015, foram deferidas àquelas voltadas à realização da audiência de custódia e ao desconstingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

Os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandoswksi deferiram as liminares para que os juízes e tribunais motivem, expressamente, quando da determinação ou manutenção da prisão provisória, a não substituição das cautelares diversas da prisão (alínea “a”); que os Tribunais considerem o quadro dramático do sistema carcerário quando da prolação da condenação, aplicação e execução da pena (alínea “c”); bem como sejam aplicadas as medidas alternativas à prisão, quando possível, dado o estado de coisas inconstitucional (alínea “d”).

Um dos motivos que não levou ao deferimento da liminar referente à necessidade da motivação da não substituição da prisão cautelar por outra medida alternativa decorre do fato de já existir essa determinação no artigo 93, IX, da Constituição Federal, bem como artigos 315 e 282, §6º, ambos do Código de Processo Penal.

Sobre o indeferimento pela maioria da cautelar referente à necessidade de ser considerada a crise nas penitenciárias para a aplicação e execução da pena, reside no fato de já existir essa obrigação quando da prolação e execução de sentenças condenatórias, não existindo razão para que seja uma questão versada em medida cautelar.

A mesma justificativa sobre a existência da obrigação de aplicação das medidas alternativas à obrigação se aplica ao indeferimento da alínea “d”.

A alínea “e”, que versava sobre a possibilidade de abrandamento da execução da pena para os benefícios processuais em razão do princípio da proporcionalidade e humanidade, foi deferida em menor extensão pelo Ministro Gilmar Mendes, ao defender a criação de um sistema informatizado que acompanhe a execução da pena de que cada sentenciado, com tecnologia de informação, como já mencionado alhures.

Sobre a alínea “f”, que pleiteava que os juízes da execução reduzissem o tempo da prisão em razão da situação prisional que agravava ainda mais o cumprimento da pena, foi indeferido por unanimidade sob o argumento de já existir

disciplina legal sobre o processamento da pena e benefícios, mesmo argumento utilizado para o indeferimento da alínea “e”.

Por fim, a alínea “g” foi julgada prejudicada, pela maioria, já que o Conselho Nacional de Justiça já realiza o “mutirão carcerário” desde o ano de 2008, visando a garantia do devido processo legal, inspeção nas prisões e revisão das penas provisórias e definitivas.

O que se pretendeu nesta decisão cautelar é informar que não basta apenas a elaboração de leis voltadas a garantir os direitos fundamentais ou que os prevejam, é necessária uma atuação conjunta, uma cooperação, um diálogo entre todos os poderes para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Por unanimidade foi reconhecida pelos Ministros presentes na sessão de julgamento a calamitosa e drástica situação carcerária vivenciada pelas pessoas no sistema carcerário brasileiro e por isso ficou reconhecido na ADPF 347/DF o Estado de Coisas Inconstitucional, cujo mérito ainda não foi julgado.

#### **4.7 O Ativismo Judicial para a Realização dos Direitos Fundamentais**

A principal crítica que gira em torno da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional sobre a atual crise nas prisões brasileira é sobre a possível violação do Princípio da Separação dos Poderes.

A formulação e implementação de políticas públicas seriam atuações exclusivas dos Poderes Legislativo e Executivo e a ingerência do Poder Judiciário sobre elas implicaria na usurpação de poderes.

A problemática, segundo o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, paira sobre dois aspectos:

O primeiro deles é a concepção dada ao princípio da separação de poderes.

Entender que o ativismo judicial, nessa ocasião, implica na usurpação de poderes é conferir uma concepção estática ao princípio, com distância considerável entre os poderes, o que impossibilitaria, inclusive, uma comunicação dialógica entre eles.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, que rege um Estado Democrático de Direito, que traz como fundamento a dignidade da pessoa humana,

requer uma dialogo cooperativo entre os poderes, de forma inclusiva, cada um com seus mecanismos próprios para o fim de efetivarem o núcleo axiológico da Magna Carta.

Nas palavras de Azevedo Campos (2016, p. 306-307):

A Constituição de 1988 é o marco, entre nós, do “constitucionalismo cooperativo”, ao passo que a concepção ortodoxa de poderes mostra-se absolutamente incompatível com esse modelo constitucional: em vez de poderes separados, é melhor a compreensão do princípio como exigindo instituições diferentes que compartilham autoridades, responsabilidade e poderes.

O segundo ponto mencionado pelo professor Campos volta-se para os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional. Ora, presentes os pressupostos da falha estrutural e da massiva e constante violação de direitos fundamentais, haverá a violação do próprio princípio da separação dos poderes.

Entendimento diverso é corroborar com a omissão dos poderes para a realização de direitos e garantias fundamentais.

A atuação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF é uma atuação contramajoritaria para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais que constantemente sofrem violação.

Recorrer à concepção ortodoxa do princípio da separação de poderes seria uma fundamentação infundada e uma escusa para a não atuação do Poder Judiciário, guardião da Constituição, para a realização dos direitos fundamentais. Cabe ao Poder Judiciário a defesa dos direitos fundamentais das minorias e grupos vulneráveis, cujos interesses políticos, sociais e econômicos são discriminados pela grande maioria da sociedade.

O STF deparou-se com uma temática impopular, pouco debatida e sem visibilidade na sociedade e na elaboração de políticas públicas, mas que atinge o núcleo básico da Constituição Federal, os direitos fundamentais e, mais especificadamente, o mínimo existencial de um determinado grupo.

A grande missão do Supremo, nesta ótica, é de resguardar a soberania da Constituição e efetivar a garantia dos direitos fundamentais.

O Ministro Celso de Mello, no seu voto na ADPF 347/DF, enfatizou:

Nesse contexto, incumbe aos magistrados e Tribunais, notadamente aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal.

Não se trata da violação de direitos comuns, mas direitos fundamentais que atingem bruscamente a dignidade da pessoa humana e que são frequentemente ignorados pelos poderes públicos.

Além disso, essa violação se torna ainda mais preocupante porque decorre de uma falha estrutural, ocasionada, portanto, por todos os poderes, órgãos e autoridades com ela relacionados.

Especificamente, sobre a falha estrutural e a necessária atuação do Poder Judiciário para a realização dos direitos votos é o que se extrai de parcela do voto do Ministro Marco Aurélio na mesma ADPF:

No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Enfim, o que se pretende com a atuação do Poder Judiciário na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é a efetivação e realização de direitos fundamentais essenciais à compreensão da dignidade da pessoa humana, integrantes do mínimo existencial.

As decisões estruturais originadas deste ativismo judicial é um dos mais importantes instrumentos para a concretude dos valores sociais e humanitários

de parcela da população, capazes de enfrentar a burocracia implementada para barrar o alcance das políticas públicas em favor dos mais necessitados.

Defende-se a atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos direitos de minorias e grupos vulneráveis estigmatizados pela sociedade e pelos órgãos estatais. Outrossim, pretende-se com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional a efetivação e realização destes direitos, que são essenciais à compreensão da dignidade da pessoa humana, integrantes do mínimo existencial.

#### **4.8 Possíveis Efeitos Esperados pela Decisão na ADPF 347/DF**

Através da declaração do ECI pela Corte Suprema, espera-se a superação dos obstáculos políticos, econômicos e institucionais que geram a crise que pretende ser combatida.

Com essa decisão que reconhece o quadro dramático carcerário brasileiro a opinião pública pode alterar sua concepção e a sociedade abrir os olhos para a triste realidade que, infelizmente, não alcança a segurança ou diminuiu a criminalidade, fatores que causam tanto temor a ela.

O que se espera é que este tema seja colocado em debate nas searas legislativa e executiva e, ainda, melhore repensado pelos magistrados arbitrários e pouco humanizados.

O Supremo, ao estabelecer os objetivos a serem alcançados, deve atuar, também, na monitoração quando da implementação das medidas, afinal trata-se do fiel cumprimento da sua decisão.

Busca-se, como já mencionado no presente estudo, um diálogo institucional capaz de sanar as falhas estruturais que colaboram com o surgimento e manutenção da crise.

Os efeitos almejados com a declaração do ECI, segundo Azevedo Campos (2016, p. 277):

O ativismo judicial estrutural dialógico da Corte deve ter três focos: (i) reduzir o aumento progressivo da população carcerária [...] (ii) diminuir o déficit de vagas no sistema prisional [...] (iii) melhorar as condições do encarceramento – problemas de instalação insalubres e de falta de atendimento e diversos direitos básicos dos presos.

Para tanto, será necessário que os juízes sejam estimulados para a aplicação das penas substitutivas de direitos, bem como a prisão domiciliar, o que torna válida uma capacitação profissional da magistratura acerca da problemática carcerária, os efeitos esperados e os efeitos alcançados pela prisão.

Além disso, os mesmos juízes deverão se valer da prisão provisória apenas quando efetivamente necessária para a segurança da sociedade ou da instrução processual; válida e essencial que se instaure nas unidades prisionais mecanismos eficazes de ressocialização dos presos e aqui, indubitavelmente, uma melhora no atendimento médico e psicológico, promoção de serviços de educação e trabalho, fornecimento de vestuário, alimentação, infraestrutura, capacitação dos servidores e respeito à individualização da pena.

Para que o déficit de vagas seja atenuado, além da efetivação das medidas acima expostas, é necessária a construção de novas unidades prisionais, além de informatização do controle da execução penal dos custodiados e a implementação de mecanismos alternativos, como a tornozeleira eletrônica para os presos provisórios ou condenados por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

Todas essas medidas dependerão da atuação do Judiciário, do Poder Legislativo, Executivo, das Defensorias Públicas, Ministérios como o do Desenvolvimento Social e Combate à fome, Ministério da Justiça, da Educação do Trabalho e do Emprego demais órgãos e instituições para a elaboração de projetos capazes de amenizar a crise carcerária e que efetivem as medidas que se fizerem necessárias para mudança deste quadro.

## 5 CONCLUSÃO

Ao término desta pesquisa, conclusões importantes e relevantes foram extraídas no estudo que buscou, incansavelmente, demonstrar a necessidade a efetivação de direitos e garantias fundamentais – uma vez que formalmente previstos – aos presos recolhidos nas prisões brasileiras, em razão da calamitosa situação carcerária em que são custodiados, não são garantidos pelos Estado.

Apontou-se, logo de início, a omissão inconstitucional como vício decorrente não apenas de um processo legislativo, mas de uma falha de comunicação e coordenação que alcança, inclusive a administração pública, o que implica na não efetivação material ou substancial das normas fundamentais que, por sua vez, resultam de valores essenciais aos seres humanos positivados na Constituição Federal que, quando intrínsecos à dignidade da pessoa humana, representam um dos fundamentos deste Estado Democrático de Direito e é de notório saber que as condições em que se encontram as penitenciárias brasileiras e o tratamento voltado aos presos atingem o mínimo existencial de cada um deles.

O que se observou na problemática carcerária é a não efetivação dos direitos fundamentais, e mais, observou-se grande problemática encontrada na confusão entre a existência e a efetividade de normas fundamentais, em especial os prestacionais, cuja realização é apenas teórica ou normativa, mas sem qualquer efetividade, afinal, seriam prestados particularmente a uma minoria estigmatizada, marginalizada e indiferente aos olhares políticos e sociais.

Restou demonstrada, oportunamente, que a dramática situação carcerária, em crise atualmente, não foi gerada tão somente de uma omissão legislativa, mas de um conjunto de falhas e omissões de todos os poderes estatais, configurando as falhas estruturais, pressuposto para a configuração do ECI.

Em seguida, foi exposto um breve estudo sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, sua origem (Colômbia) e pressupostos, quais sejam: a) a violação mássica e constante de direitos fundamentais; b) falha estrutural na elaboração de políticas públicas; c) decisão dirigida a um conjunto de órgãos; d) inúmeras demandas sobre o mesmo objeto.

Após um sucinto estudo sobre a evolução da história do direito penal, as escolas do direito penal, bem como sua evolução no Brasil, extraiu-se que a

crueldade na aplicação das penas tem origem remota e reflete na atual conjuntura, tópico que deu início ao estudo do ECI no sistema carcerário brasileiro.

Sobre a problemática crise vivenciada nas prisões brasileira, foi exposto o quadro caótico atual que viola constantemente a dignidade e o mínimo existencial dos seus custodiados, o que traz efeitos impeditivos à ressocialização e o aumento da criminalidade.

Assim, como forma de se combater a constatada e sistemática violação de direitos e garantias dos presos, foi intentada no STF a ADPF 347/DF para que o Estado de Coisas Inconstitucional fosse reconhecido no cenário prisional brasileiro e que se efetivassem medidas para o superamento da crise institucionalizada.

Através desta decisão que constatou que a problemática nas prisões brasileiras que atingem o mínimo existencial dos presos decorre de falhas estruturais de diversos órgãos e instituições, será possível que se estabeleçam pelo Poder Judiciário parâmetros e objetivos para a efetivação dos direitos fundamentais sistematicamente violados.

A despeito de críticas sobre a atuação do Poder Judiciário, nesta premissa, observou-se o papel essencial deste ativismo que, de forma contramajoritária pretendeu voltar atenção à devida concretização da dignidade da pessoa humana, fundamento deste Estado Democrático de Direito.

Por fim, buscou-se estabelecer medidas esperadas pela decisão proferida na ADPF 347/DF, que alcança a administração pública, a opinião pública, o Poder Judiciário, enquanto jurisdição capaz de decidir sobre a liberdade ou o encarceramento e a sua necessidade, além de implementação de métodos alternativos para o controle da superlotação carcerária.

Assim, sem a pretensão de elencar todos os problemas carcerários vivenciados ou de se estabelecer todas as medidas suficientes, possíveis ou necessárias para o superamento da crise, conclui-se que para que se concretizem os direitos fundamentais da minoria custodiada nas prisões do Estado, o reconhecimento do ECI, ainda que tardio, fez-se necessário e será essencial para, além da promoção de mudanças estruturais que diretamente promoverão a dignidade humana de cada preso, alterar e humanizar o sentimento de cada cidadão, operadores do direito, administradores e políticos, sobre a trágica realidade

vivenciada nos cárceres brasileiros e que, dada ao infortúnio a que se encontram não alcança a segurança e tranquilidade social que se espera.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1986.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4º ed., rev., São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. – 3º ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - vol 1 - Parte Geral - 24ª edição –São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral v. 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 25. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é a liberdade**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada>. Acesso em 17 jan 2019.

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

BRASIL. **CPI do sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa**. Disponível em:

<[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\\_relatorio\\_reincidencia\\_criminal.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf)> . Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental** Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 181, de 10-09-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> . Acesso em: 15 jan 2019.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Podivm, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches da. **Manual de Direito Penal Parte Geral (Arts. 1º ao 120)**. 5º ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2017.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25º ed., rev., e atual. São Paulo: Editora Malheiros. 2005.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: **INFOPEN** Atualização – Junho de 2016. Disponível em < [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)> . Acesso em: 13 jan 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38º ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história de violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramallete. 41ª.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002;

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2014.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**: princípios metafísicos da doutrina do direito. Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Edição digital. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2013. ISBN 978-85-326-4717-7.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Consitucional**, 12º ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO. Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro - 2018**. Brasília : CNMP, 2018. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA\\_PRISIONAL\\_3.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf)> . Acesso em 14 jan 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12º ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**, 2º ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas : ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**; -- 1. ed. -- Belo Horizonte : Fórum, 2012. 1.233 KB : e-pub Produção da versão eletrônica: 2012 ISBN 978-85-7700-627-4 1. Direito constitucional. 2. Direito público. I. Título. CDD: 341.2 CDU: 342

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.