



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

KAIAN HUDSON DE SOUSA ARAÚJO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA ADPF 347/DF DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

SOUSA-PB
2022

KAIAN HUDSON DE SOUSA ARAÚJO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA ADPF 347/DF NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de especialização em direito penal e processo penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes de Moura

SOUSA-PB
2022

A663e

Araújo, Kaian Hudson de Sousa.

Estado de coisas inconstitucional : considerações acerca do sistema penitenciário brasileiro á luz da ADPF 347/DF no Supremo Tribunal Federal / . - Sousa, 2022.

66 f. : Il. color.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) - Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2023.

"Orientação: Prof. Dr. Francivaldo Gomes de Moura."

Referências.

1. Crise do Sistema Carcerário. 2. Direitos Fundamentais. 3. Estado de Coisas Inconstitucional. 4. ADPF 347/DF. I. Moura, Francivaldo Gomes de. II. Título.

CDU 343.81(81)(043)

KAIAN HUDSON DE SOUSA ARAÚJO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA ADPF 347/DF NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG no Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, como requisito parcial para à obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processual Penal.
Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura.

Data da Aprovação: **15/12/2022**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. FRANCIVALDO GOMES MOURA.
Orientador - Unidade Acadêmica de Direito
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Msc. CARLA PEDROSA DE FIGUEIREDO
Membro - Unidade Acadêmica de Direito
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. WESCLEY RODRIGUES DUTRA
Membro - Unidade Acadêmica de Direito
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO

A Constituição de 1988 possui posição de destaque na consagração de direitos fundamentais a toda população. Entretanto, na prática, há uma grave crise na efetivação desses direitos, especialmente para aqueles inseridos em um contexto de vulnerabilidade. Os indivíduos recolhidos ao cárcere no Brasil, historicamente estão expostos a diversas violações de direitos fundamentais, há um cenário de coisificação desses sujeitos que atenta de maneira clara ao que é consagrado nos instrumentos normativos pátrios. Nesse cenário de desequilíbrio entre o garantismo social estabelecido na Carta Política e ausência de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais, especialmente no sistema carcerário brasileiro, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) se manifesta como ferramenta de superação desse quadro de letargia política. O ECI é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) e utilizada no Brasil pela primeira vez no julgamento da ADPF 347/DF. Através desse fenômeno o Poder Judiciário assume o protagonismo para superar quadros de violações massivas e reiteradas de direitos fundamentais. Nesse ínterim, A pesquisa traz como objetivo geral analisar a crise vivenciada pelo sistema carcerário no Brasil, buscando, a partir do julgamento da ADPF 347-DF, compreender se a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional é um instrumento legítimo para o enfrentamento do problema. Em relação aos objetivos específicos, por sua vez, são: identificar os direitos fundamentais consagrados na legislação pátria que são reiteradamente violados no sistema carcerário; conceituar o ECI e destacar as bases vanguardistas do referido fenômeno, a partir da construção jurisprudencial colombiana; por fim, compreender como o ECI foi estruturado no Brasil, quando do julgamento da ADPF 347/DF, apresentando críticas e objeções sustentadas pela doutrina nacional acerca do tema. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, uma vez que o estudo parte de princípios, leis, normas gerais e doutrinas mais abrangentes, para, posteriormente concentrar-se no tema exposto, de modo especial nas conjecturas que são analisadas e submetidas ao processo de falseamento, objetivando a sua refutação. Destaca-se o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica, documental e a pesquisa comparada, uma vez que será traçado um paralelo entre as raízes colombianas e a construção jurisprudencial do STF acerca do ECI. Assim sendo, considerando os principais pontos de ebulição sobre o tema e o tratamento ofertado pela doutrina pátria, objetiva-se compreender se a declaração do ECI pelo STF é um instrumento legítimo para superação do grave quadro de violação de direitos vivenciado pelo sistema carcerário brasileiro.

Palavras-chave: Crise do sistema carcerário; Direitos Fundamentais; Estado de Coisas Inconstitucional; ADPF 347/DF.

ABSTRACT

The 1988 Constitution has a prominent position in the consecration of fundamental rights to the entire population. However, in practice, there is a serious crisis in the realization of these rights, especially for those inserted in a context of vulnerability. The individuals taken to prison in Brazil are historically exposed to several violations of fundamental rights, there is a scenario of objectification of these subjects that clearly pays attention to what is enshrined in the country's normative instruments. In this scenario of imbalance between the social guarantee established in the Political Charter and the absence of public policies for the realization of fundamental rights, especially in the Brazilian prison system, the Institute of the Unconstitutional State of Things (ECI) manifests itself as a tool to overcome this situation of political lethargy. The ECI is a decision-making technique developed by the Colombian Constitutional Court (CCC) and used in Brazil for the first time in the judgment of ADPF 347/DF. Through this phenomenon, the Judiciary assumes the leading role to overcome situations of massive and repeated violations of fundamental rights. Meanwhile, the research brings as general objective to analyze the crisis experienced by the prison system in Brazil, seeking, from the judgment of ADPF 347-DF, understand whether the declaration of unconstitutional state of things is a legitimate instrument to face the problem. As for the specific objectives, they are: to identify the fundamental rights enshrined in Brazilian legislation that are repeatedly violated in the prison system; to conceptualize the ECI and highlight the avant-garde bases of this phenomenon, based on Colombian jurisprudential construction; finally, to understand how the ECI was structured in Brazil, when ADPF 347/DF was judged, presenting criticisms and objections sustained by national doctrine on the subject. To this end, the hypothetical-deductive approach is used, since the study starts from principles, laws, general rules and more comprehensive doctrines, to subsequently focus on the theme exposed, especially in the conjectures that are analyzed and submitted to the process of falsification, aiming at its refutation. The technique of bibliographic and documentary research and comparative research is highlighted, since a parallel will be drawn between the Colombian roots and the jurisprudential construction of the STF about the ECI. Therefore, considering the main boiling points on the subject and the treatment offered by Brazilian doctrine, we aim to understand whether the declaration of the ECI by the STF is a legitimate instrument to overcome the serious situation of violation of rights experienced by the Brazilian prison system.

Keywords: Crisis of the prison system; Fundamental rights; Unconstitutional State of Things; ADPF 347/DF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	11
2.1 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL .	12
2.1.1 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	13
2.1.2 Do Princípio da Legalidade	15
2.1.3 Do Princípio da Individualização da Pena	18
2.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO RECOLHIDO AO CÁRCERE	22
3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL SOB A PERSPECTIVA DA SUPREMA CORTE COLOMBIANA	27
3.1 <i>SENTENCIA DE UNIFICACION SU. 559/97</i> – DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS PARA PROFESSORES DA REDE PÚBLICA DE ENSINO.....	31
3.2 DIREITO DE PETIÇÃO DE APOSENTADOS E MORA ADMINISTRATIVA – SENTENÇA T-068 DE 1998.....	33
3.3 <i>SENTENCIA T-153, DE 1998</i> - CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO DA COLÔMBIA.....	35
3.4 <i>SENTENCIA T-25, DE 2004</i> – O CASO DO DESLOCAMENTO FORÇADO DE PESSOAS.....	38
4. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347/DF NO STF	42
4.1 DO CABIMENTO DA ADPF COMO VIA ELEITA E DA LEGITIMIDADE DO STF PARA DECLARAÇÃO DO ECI.....	44
4.2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	47
4.3 DOS FUNDAMENTOS INSCULPIDOS PELO STF PARA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico pátrio possui premissas principiológicas claras de promoção da dignidade da pessoa humana e proteção do indivíduo contra a ingerência, abusos e omissões do Estado.

A crise vivenciada pelo sistema carcerário afronta todas as bases garantistas dos direitos fundamentais, sendo tema recorrente em estudos das mais diversas áreas sociais, demonstrando a importância do assunto e os reflexos que esse problema causa na sociedade.

No estado atual, o cárcere não atinge sua finalidade precípua, qual seja, a ressocialização dos presos. Pelo contrário, as constantes violações dos direitos humanos refletem no aumento da criminalidade frequente nos presídios, como também nos elevados índices de reincidência.

Assim, resta evidente que o sistema carcerário vivencia um verdadeiro paradoxo: de um lado, a Constituição Federal, lei máxima e estruturante de todo o sistema jurídico, que consagra princípios e normas paradigmas de proteção aos presos. Já do outro lado, o que ocorre na prática, um cenário de coisificação do preso e de sua dignidade.

Trata-se de um problema que ao longo da história foi retirado da órbita dos obstáculos de primeira necessidade pelos gestores públicos, ocasionando um quadro caótico e de difícil solução no curto ou médio prazo. Além disso, trata-se de algo estrutural, em todos os níveis da República, exigindo para a superação do quadro a atuação orquestrada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sob a cooperação dos três poderes: legislativo, executivo e judiciário.

Nesse contexto, de omissão estatal e da sociedade, que mesmo diante de um quadro de violação massiva e reiterada de direitos permanece inerte, surge o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, com bases desenvolvidas pela suprema corte da Colômbia, cujo objetivo é superar quadros de violação massiva de direitos fundamentais a partir de uma atuação hipertrofiada do Poder Judiciário frente a atuação política dos demais poderes.

O citado fenômeno é novidade no direito pátrio, tendo sido utilizado de maneira destacada pela primeira vez através da ADPF 347-DF, que trata sobre a crise do sistema carcerário. Entretanto, parte da doutrina questiona a legitimidade de tal

instrumento, uma vez que seria uma clara violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, uma vez que através da declaração do ECI o judiciário assumiria funções típicas dos demais poderes.

Assim, a presente pesquisa busca contribuir com a análise desse instituto, uma vez que os estudos acerca do tema ainda são embrionários, apresentando os pontos controvertidos, bem como, qual os reflexos práticos que podem ser obtidos a partir do reconhecimento do ECI.

Nessa esteira, a título de problematização convém indagar: A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é um instrumento legítimo para o enfrentamento da crise do sistema carcerário no Brasil?

A pesquisa traz como objetivo geral analisar a crise vivenciada pelo sistema carcerário no Brasil, buscando, a partir do julgamento da ADPF 347-DF, compreender se a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional é um instrumento legítimo para o enfrentamento do problema. Em relação aos objetivos específicos, por sua vez, são: identificar os direitos fundamentais consagrados na legislação pátria que são reiteradamente violados no sistema carcerário; conceituar o ECI e destacar as bases vanguardistas do referido fenômeno, a partir da construção jurisprudencial colombiana; por fim, compreender como o ECI foi estruturado no Brasil, quando do julgamento da ADPF 347/DF, apresentando críticas e objeções sustentadas pela doutrina nacional acerca do tema.

Nesse norte de ideias, a presente pesquisa se propõe a se debruçar sobre o a crise carcerária, identificando os problemas de maior gravidade, observando como a doutrina e a jurisprudência tratam a temática.

Para responder tais apontamentos, será utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que o estudo partirá de princípios, leis, normas gerais e doutrinas mais abrangentes, para, posteriormente concentrar-se no tema exposto. Para tanto, se empregará a técnica de pesquisa bibliográfica e a documental, a partir de documentos oficiais (dados do Supremo Tribunal Federal, do CNJ, da Corte Suprema Colombiana, IBGE, entidades de apoio ao sistema carcerário e legislações) que podem ser encontrados em arquivos públicos ou particulares, sites da internet, bibliotecas, etc.

Do mesmo modo, serão utilizados livros, artigos e outros meios de informação em periódicos (revistas, boletins, jornais), além de outras pesquisas que podem ser encontradas em bibliotecas e sites da internet.

Do mesmo modo, considerando que o ECI é uma construção jurisprudencial colombiana, utilizar-se-á a técnica de pesquisa comparativa, uma vez que será realizada uma abordagem acerca do desenvolvimento do fenômeno a ser estudado na Colômbia e no Brasil, merecendo destaque que, diferentemente da Colômbia, no Brasil ainda não há um cenário definitivo das políticas públicas implementadas a partir do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Assim, no primeiro capítulo será abordado o tratamento ofertado aos presos pela Constituição e leis infraconstitucionais, notadamente a Lei de Execução Penal, aproveitando contexto para discorrer acerca das violações de direitos e da crise estrutural do sistema carcerário.

No segundo capítulo, será feita uma abordagem acerca da construção jurisprudencial da suprema corte colombiana quando a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, abrangendo desde a compreensão conceitual do instituto, como também, o estudo jurisprudencial de casos concretos.

Por fim, no terceiro capítulo, será feita uma abordagem acerca do julgado da ADPF 347/DF, pelo STF, notadamente quanto aos fundamentos utilizados ao longo do julgamento e o posicionamento dos Ministros acerca do tema, objetivando esclarecer as providências que merecem ser adotadas para superação do quadro sem interferência indevida no âmbito de competência dos demais poderes.

Do ponto de vista social, a presente pesquisa justifica-se pela oportunidade de discorrer sobre violações de direitos de pessoas em contexto de vulnerabilidade, dando voz àquelas pessoas invisíveis ao sistema político, permitindo a compreensão da gravidade do cenário vivenciado no ambiente carcerário e identificar possíveis soluções.

Em termos acadêmicos, busca-se provocar o debate acerca da crise do sistema carcerário e do perigo de um contexto de desobediência reiterada dos comandos constitucionais por parte dos agentes políticos. Ademais, almeja-se fornecer novas perspectivas acerca do instituto do ECI, notadamente, sob a ótica de instrumento de efetivação de direitos fundamentais, subsidiando novas pesquisas sobre o tema.

Por fim, a pesquisa justifica-se pelo interesse pessoal do autor, que desde a graduação se interessa sobre a temática, bem como, labuta desde o ano de 2014 no ambiente carcerário, com histórico de atuação profissional, através do Ministério Público do Estado da Paraíba, nas promotorias com atribuição em execução penal

nas comarcas de Coremas, Pombal, Catolé do Rocha, Brejo do Cruz, São Bento, Itaporanga e Princesa Isabel.

2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um cenário de elevação da dignidade da pessoa humana ao status de fundamento da República Federativa do Brasil. Ao longo de todo o texto constitucional, bem como, nas normas infraconstitucionais supervenientes, a prevalência dos direitos humanos é pedra fundamental na construção do Estado brasileiro, notadamente àqueles inseridos em algum contexto de vulnerabilidade.

Aos presos, sejam eles provisórios ou definitivos, são assegurados todos os direitos constitucionais que não lhe foram retirados através de sentença ou decisão judicial devidamente fundamentada. Assim, em que pese o detento passar a ter restringida a sua liberdade quando inserido em uma situação de cárcere, lhe é assegurada expressamente a proteção de sua integridade física e moral, bem como, assistência médica, social e religiosa, além de alimentação e vestimentas dignas, dentre outros direitos estatuídos no texto constitucional e nas legislações correlatas.

O Estado quando assume de maneira absoluta a titularidade da *persecutio criminis*, atrai para si o dever de promover a dignidade do preso e sua ressocialização, seja sob a ótica de um direito individual do recluso, seja sob a ótica do Estado como provedor do bem-estar social.

A execução penal pode ser compreendida como um sistema de normas e princípios que direcionam a execução das penas no sistema jurídico pátrio, sejam elas privativas de liberdade, restritivas de direitos, de natureza pecuniária ou mesmo de medida de segurança, bem como, regulam a relação entre o condenado e o Estado, detentor do *jus puniendi*.

Nesse contexto, os princípios surgem como verdadeiros instrumentos de limitação da atuação estatal no exercício do seu direito de punir, ora impondo obrigações de fazer, ora a abstenção de determinadas condutas, recebendo, como decorrência dessa condição, proteção constitucional expressa ou implícita como será exposto a seguir.

Entretanto, essas proteções garantidas legalmente pelo ordenamento jurídico, contrastam ferozmente com a crise caótica e recorrente que permeia o sistema carcerário brasileiro na prática. O que se assiste no Brasil é um verdadeiro desconchavo da condição do preso, que convive com celas superlotadas,

alimentações precárias, ausência de assistência jurídica eficiente, calamitosas estruturas físicas dos presídios e cadeias, além de constantes casos de agressões físicas e morais.

Desse modo, de maneira introdutória à análise do tema propriamente dito, qual seja, a ADPF nº 347/DF e a declaração pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucionais do sistema penitenciário pátrio, indispensável compreender o tratamento recebido pela execução penal na Constituição Federal, notadamente, quais seriam as obrigações impostas pelo Constituinte aos personagens que gerenciam, em sentido amplo, o universo do cárcere.

2.1 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Etimologicamente, o termo princípios pode possuir diversos significados, entre esses, pode-se destacar o momento em que algo surge; a causa primária; ou mesmo o elemento predominante na constituição de um determinado corpo orgânico (NUCCI, 2020).

No universo jurídico o referido termo ganha conotação semelhante, de modo que o conceito de princípio sugere uma ordenação que se irradia e imanta sobre os sistemas de normas, servindo de norteador para a interpretação, integração e a própria aplicação do direito positivado (SILVA, 2005).

Assim, percebe-se que o estudo dos princípios é pedra fundamental para adequada compreensão de todo instituto jurídico, uma vez que expressam as ponderações políticas essenciais que guiaram o legislador constituinte e, especialmente, o infraconstitucional, na construção do direito positivo.

Segundo Silva (2005), os princípios são verdadeiros instrumentos de efetivação da eficácia constitucional integradora, que estatui o sistema constitucional uno, atuando como baluarte da unidade jurídico-política, bem como para promoção da coesão social.

No contexto da execução penal, o estudo dos princípios permite inferir a adequada sistematização deste instituto, garantindo maior efetividade na aplicação das normas, além da compreensão integrada dos dispositivos normativos.

Essas características guardam íntima relação com o caráter político atribuído aos princípios no ordenamento jurídico pátrio, especialmente, quando afetos aos

temas do Direito Penal e da aplicação das penas. São os princípios que atuam na integralidade das normas positivadas, estabilizando os sistemas, independentemente de ebulições sociais ou políticas.

Importante, por fim, destacar, que o assunto ora trabalhado não se propõe a esgotá-lo, servindo como substrato teórico acerca dos principais princípios que possuem relação aflorada com o que se denominou de Estado de Coisas Inconstitucionais. É certo que, doutrinariamente, sequer há consenso de quais seriam os princípios de maior envergadura no contexto da execução penal, de modo que serão abordados os que foram considerados de maior importância.

2.1.1 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No Estado Democrático de Direito um dos principais instrumentos para metrificar a evolução de uma sociedade reside na análise da promoção da proteção do indivíduo como característica irrenunciável e inerente ao simples fato de existir.

A compreensão do valor da dignidade da pessoa humana transcende a sua mera inteligência semântica, sendo na verdade um valor indissociável da construção do homem detentor de direitos e de uma sociedade livre, justa e igualitária.

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de base do Estado Democrático de Direito ao defini-lo como fundamento logo no art. 1º, III, da norma constitucional. Do mesmo modo, colocou o referido princípio como norteador do estado brasileiro em suas relações internacionais, conforme o art. 4º, II, da CF. Fixa-se assim, o compromisso do constituinte com a dignidade da pessoa humana, elemento vinculante da atuação do estado em suas relações internas e externas.

Padilha (2020, p. 338) ao tratar sobre a distinção entre direitos e garantias fundamentais, esclarece que “os direitos fundamentais existem para que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR) possa ser exercida em sua plenitude”.

No mesmo norte de ideias Nucci (2020, p. 66) discorre que:

Nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados. Ademais, inexistiria razão de ser a

tantos preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana.

As referidas citações demonstram a importância do princípio sob estudo, ao colocá-lo como vértice central de um sistema, em que todos os demais institutos jurídicos o circundam objetivando garantir a sua plena efetividade.

No que se refere a aplicação do referido princípio no âmbito da execução penal a sua importância permanece cristalina, a partir dele aflora o princípio da humanidade da pena, que estabelece que todas as penas instituídas pelo sistema jurídico pátrio obedecem ao mandamento da proteção do homem. O fato do indivíduo está recolhido ao ambiente do cárcere não lhe retira a proteção de cumprir a sua reprimenda de maneira respeitosa e digna.

A execução penal no Brasil, notadamente na aplicação da pena privativa de liberdade, deve observar os princípios e procedimentos legais e convencionais estabelecidos na legislação pátria. A garantia constitucional da consagração da dignidade da pessoa humana deve orientar todo e qualquer procedimento atinente ao recolhimento do cidadão ao cárcere, inclusive, a atuação legislativa.

De acordo com Tavares (2020, p. 85), “o princípio de proteção da dignidade humana deve servir de limitação e ainda de parâmetro para a criação de normas jurídicas, sua aplicação e execução”, sendo elemento vinculante de toda atuação do Poder Público.

Já Barros (2001) esclarece que a dignidade humana abrange aquilo que se denominou de direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano. Isto é, a dignidade é uma condição precípua que não pode ser alterada em qualquer situação em que o indivíduo se encontre. Assim sendo, a execução da pena deve respeitar o direito à dignidade a todos os condenados, pois são direitos inerentes a própria existência do sujeito.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser visto como mais relevante que os demais, sendo fundamental para o reconhecimento da condição de ser humano. Tal princípio estrutura a atuação do estado na execução penal, vedando, inclusive, que sejam aplicadas penas que lesionem diretamente a condição psíquica dos condenados (NUCCI, 2020).

Nesse sentido, dispõe o art. 5º, XLVII, que “não haverá penas: a) e 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”.

Além disso, estabelece a Carta Magna que: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5.º, XLVIII), “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX), e “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5.º, L) (BRASIL, 1988).

Cada uma dessas normas constitucionais sedimentam o comprometimento do estado com o respeito aos direitos do preso e a preservação da dignidade de todos os personagens que gravitam pelo ambiente do cárcere. Entretanto, na prática, a própria sociedade, têm dado pouca atenção ao sistema carcerário, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, permitindo que muitos presídios tenham se transformado em autênticas masmorras, contrariando os postulados de respeito à integridade física e moral dos apenados (NUCCI, 2020).

A partir da análise dos estabelecimentos prisionais, constata-se a existência de um verdadeiro descompasso entre o direito positivado e a realidade, conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho, pode-se afirmar que a grande missão moderna do Brasil é deixar de ser um país de normas meramente dirigentes, ou seja, Estado de um garantismo teórico e evoluir à posição de concretizador de suas próprias normas.

Com isso, o trabalho estabelece como ponto central, *ex ante*, a constatação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como cerne da execução da pena no Brasil, e, portanto, base de toda construção teórica do presente estudo.

2.1.2 Do Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade encontra-se insculpido nos Arts. 2º, 3º e 45 da Lei de Execuções Penais, que asseguram ao condenado e ao internado todos os direitos não restringidos pela sentença penal condenatória. Ademais, infere-se dos mencionados artigos, que a jurisdição da execução penal deve seguir aos ditames estabelecidos pela própria LEP e pelo Código de Processo Penal.

Nessa perspectiva, estabelece a Constituição Federal em seu artigo 5º, II, “que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

O princípio ora estudado atua como verdadeiro limitador da atuação do Estado no exercício do seu *jus puniendi*, isto porque, esse, enquanto exercício concreto da soberania, não é ilimitado, estando subordinado aos que restou juridicamente postulado, sob pena de tornar-se ilegítimo e ilegal.

Ao tratar sobre o tema, ensina Goulart (1994, p. 92) que:

Para a realização dessas finalidades, isto é, para o atendimento das disposições da sentença e igualmente dos fins da própria execução da pena, é necessário que a via executória se efetive em um regime de efetivas garantias ao interesse comunitário e aos direitos individuais. Para que isto se dê é imprescindível a vinculação da execução penal à Lei e ao Direito, enquanto aspecto essencial do caráter do Estado de Direito. Apenas dentro desse quadro é que a execução penal encontra legitimidade.

Nesse sentido também é a determinação contida no art. 45, da Lei 7.210/84, estabelecendo que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar” (BRASIL, 1984).

Desse modo o princípio da legalidade atua como verdadeiro balizador da execução penal, manifestando-se como expressão de um Estado que se autodefine como democrático, visto que oferece a esta fase processual estabilidade e previsibilidade, promovendo a orientação da execução da pena, evitando abusos e discriminações por parte dos agentes estatais.

Esse, inclusive, foi o ideal político estabelecido pelo legislador ordinário ao dissertar sobre o tema na exposição de motivos da Lei de Execução Penal, veja-se: “O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal” (BRASIL, 1984).

Assim, o estado ao dar cumprimento ao título judicial condenatório não deve ultrapassar os limites estabelecidos pelo legislador penal ordinário, devendo íntima obediência ao que restou estabelecido na norma, sob pena de excessos e, por conseguinte, de afronta ao princípio da legalidade.

Outro ponto digno de nota, reside no paradigma de que o Princípio da Legalidade não pode ser visto apenas sob o seu aspecto formal. Notadamente com o

movimento pós-positivista, ocorrido a partir da metade do séc. XX. As atrocidades praticadas durante a 2ª Guerra Mundial, sob o manto da legalidade positivada, impuseram a racionalidade de que a expressão do princípio da legalidade não se limita ao seu enfoque positivista, mas sim, impõe aos sistemas jurídicos o compromisso de que a legalidade esteja umbilicalmente ligada com os demais direitos e garantias legais, especialmente, àqueles relacionados ao ideal de Dignidade da Pessoa Humana.

Acerca do tema ensina Padilha (2020, 47):

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente a cultura de que a lei editada pelo legislativo era fonte principal, quase exclusiva, de Direito.¹² O Juiz era a “boca” da lei, como se referia Montesquieu. As Constituições eram vistas como programa político que serviam para inspirar a atuação legiferante, mas não podiam ser invocadas perante o Poder Judiciário para defesa de direitos

E complementa o referido autor:

As atrocidades cometidas por Adolf Hitler só foram possíveis graças a este entendimento; e.g., por meio de Decreto expedido em 07.04.1933, os judeus foram afastados do funcionalismo público, do exército e das universidades; mediante a Lei publicada em 14.07.1933, foram retirados os direitos de cidadão dos judeus imigrantes no Leste Europeu; a chamada “Lei da Cidadania” tirou dos judeus alemães a cidadania alemã; a “Lei da Proteção da Honra e Sangue Alemão” proibia os casamentos dos judeus com não judeus, proibia o emprego de judeus na Alemanha e proibia-os de exibirem a bandeira alemã, entre outras medidas. Por fim, com o Decreto assinado pelo então presidente Paul Von Hindenburg, foram suspensas sete seções da Constituição de 1919 da República de Weimar, que garantiam liberdades individuais e civis ao povo. Por mais estarrecedor que seja, Hitler não praticou muitas ilegalidades ou inconstitucionalidades; quase todas as atrocidades eram legitimadas por normas jurídicas. (PADILHA, p. 47, 2020).

Assim, é oportuno ressaltar, que o consectário lógico que vigorou durante séculos de que o fato da lei ser derivada de um processo legislativo legítimo atribuía ao respectivo instrumento normativo o status de cumpridora do princípio da legalidade encontra-se superado, essa condição somente será alcançada integralmente se, além de obedecer o processo legislativo formal, a lei estiver devidamente em consonância com os demais princípios constitucionais, alcançando assim a legalidade material.

Por fim, mas não menos importante, outro aspecto relevante acerca do Princípio da Legalidade está no dever de submissão ao citado princípio por parte da administração penitenciária no âmbito da execução penal.

O preso, durante o cumprimento de sua reprimenda, encontra-se adstrito não apenas a jurisdição de um juiz, mas também, sob a ordem de um sistema de administração penitenciária de caráter eminentemente administrativo.

Tal aspecto ganha especial envergadura quando considerado que ao diretor do ergástulo é atribuída a apuração de faltas administrativas eventualmente cometidas pelos apenados, bem como a adoção de medidas para manutenção da ordem.

Acerca do tema acrescenta Meirelles (2013, p. 90):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Portanto, resta evidente que o princípio da legalidade abaliza a atuação de todos os personagens da execução penal, funcionando como legítimo limitador da atuação estatal no exercício do direito de punir, bem como, atribuindo previsibilidade ao condenado no que atine ao cumprimento de sua pena.

2.1.3 Do Princípio da Individualização da Pena

O princípio constitucional da individualização da pena encontra respaldo normativo no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o qual estatui: “a lei regulará a individualização da pena [...]”. O referido mandamento é especificado ainda nas disposições posteriores, notadamente, nos incisos XLVIII e L, que estabelecem, respectivamente, o cumprimento de penas em estabelecimentos penais diferenciados de acordo com a natureza do delito, idade do preso e sexo, e a atenção dada à mãe presidiária durante o período de amamentação.

De acordo com as lições de Nucci (2020), o princípio da individualização da pena é a manifestação na execução penal dos conceitos de isonomia material.

Objetiva ajustar o cumprimento da reprimenda penal às características de cada indivíduo, estatuidando, por exemplo, a análise de qual o ergástulo prisional mais apropriado para o cumprimento da medida, como os indivíduos devem ser classificados, considerando fatores como a natureza do crime, gênero sexual, idade, personalidade e, atualmente, inclusive, qual facção criminosa aquele apenado faz parte.

Sobre o tema, é extremamente oportuno a menção do que estabelece a Exposição de Motivos do Código Penal, o qual reza:

Para a individualização da pena, não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente individualizador. O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinquente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau de culpa e os motivos determinantes (artigo 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua mens rea ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu – o que importa dizer que serão pesquisados o seu curriculum vitae, as suas condições da vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar fato previsto como crime) (BRASIL, 1940).

Assim, pode-se afirmar que a ideia de individualização da pena se inicia antes mesmo da execução penal, com a própria dosimetria da reprimenda pelo juízo sentenciante, nesse momento, o juízo valorará desde características pessoais do condenado, como personalidade, antecedentes, conduta social e, de igual modo, a conduta criminosa subjetivamente praticada, permitindo assim, que a reprimenda seja, pelo menos teoricamente, adequada e necessária às condições pessoais daquele indivíduo.

Seguindo este norte de ideias, o Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 82.959/SP, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes assim rotulados, discorreu que:

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja,

os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade - e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) - e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 2006).

Já o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluzo (2006), no julgamento do mesmo *Habeas Corpus*, em uma assertiva análise do princípio da individualização da pena, esclareceu que:

A CF/1988, ao criar a figura do crime hediondo, assim dispôs no art. 5º, XLIII: (...). Não fez menção nenhuma à vedação de progressão de regime, como, aliás — é bom lembrar —, tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu* (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução. (...) Evidente, assim, que, perante a CF/1988, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica (BRASIL, 2006).

No mesmo sentido, Barros (2001, p. 132) condensa a compreensão da referida norma ao dissertar:

O princípio da individualização da pena abrange os princípios da personalidade e da proporcionalidade. A personalidade relaciona-se ao fato de a pena ser individualmente. E o princípio da proporcionalidade implica na pena e na sua forma de cumprimento, pois o cumprimento deve estar de acordo com a realidade vivida pelo condenado

Outra clara manifestação da individualização da pena no ordenamento jurídico pátrio, reside no instituto do perdão judicial, previsto no art. 107, IX e 120, ambos do Código Penal. Através desse instituto, ao juiz é facultado, após restar comprovada a

prática de um crime, deixar de aplicar a respectiva reprimenda em razão de circunstâncias excepcionais previstas em lei.

Retornando a fase da execução penal, a individualização da pena guarda íntima relação com o princípio da humanidade, uma vez que, independentemente da pessoa, a dignidade da pessoa humana faz com que se imponha uma limitação à quantidade e forma de cumprimento da pena, como por exemplo: a aplicação da pena de morte ou penas desumanas (BARROS, 2001, p.136).

Nessa fase processual, a teoria atual em relação a aplicação do princípio sob estudo, tende à construção de um sistema de política-criminal e a evolução do respeito a condição do indivíduo. Entra em jogo o fim precípua da execução penal, a ressocialização do preso, uma resposta positiva ao esforço empreendido pelo estado e pela sociedade durante a aplicação da reprimenda penal.

Entretanto, essa finalidade, dever ser construída sob o prisma do garantismo, especialmente com a aplicação de medidas estritamente necessárias.

Para que se possa efetivamente especializar a execução, impõe-se o acompanhamento do preso ao longo de todo o processo de cumprimento, oportunizando o desenvolvimento de atividades que reconheçam aptidões individuais, ou mesmo permitindo o conhecimento de novas atividades sejam elas de natureza lúdicas, educacionais ou profissionais.

Nesse sentido, merece destaque a existência de institutos que permitem a diminuição do tempo de cárcere, como por exemplo, a remição da pena, prevista no art. 126 da LEP, onde o apenado pode ter sua reprimenda diminuída através do trabalho, estudo, leitura de livros, aprovação nos exames nacionais e a conclusão do ensino fundamental e do ensino médio, dentre outras formas.

Além disso, o comportamento individual do apenado ao longo da execução de sua pena é condição essencial para o gozo de diversos benefícios como: progressão de regime, livramento condicional, permissão de saída e a saída temporária.

Todos esses institutos se apresentam como manifestações do princípio da individualidade da pena na fase da execução penal, permitindo que o indivíduo em cumprimento de sua reprimenda tenha reconhecida suas necessidades e possa desenvolver atividades objetivando a sua ressocialização, bem como, a diminuição de sua reprimenda.

2.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO RECOLHIDO AO CÁRCERE

Com a ocorrência do ilícito penal, se manifesta a falha do controle social e, por conseguinte, surge a obrigação do Estado de repressão das condutas humanas socialmente consideradas como indevidas, em virtude do exercício do *ius puniendi*, que lhe é exclusivo.

Historicamente, após a fase da vingança privada, denominada de autotutela, com a avocação da competência do direito de punir pelo Estado, deflui-se que com a ocorrência de um crime, a preocupação única e imediata se limitava a perquirir a punição ao criminoso, sempre buscando a mais dura reprimenda possível, como forma de punir o agente delinquente, mas também de atuar como meio de prevenção geral, dando o exemplo para os demais cidadãos. O delinquente era caracterizado como um objeto, sujeito de poucos ou quase nenhum direito. Ademais, nesse recorte histórico, havia uma clara confusão entre o Estado soberano e a Igreja Católica, sendo as punições justificadas também sob a perspectiva do pecado, da cura. Nesse sentido, Neuman (1971) *apud* Bitencourt (2016, p.472-473) assegura que:

Na realidade a lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo. Não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte

Ultrapassado o período da idade média, de confusão entre o Estado e a Igreja e o total desrespeito à figura do aprisionado, em meados do século XVI, ocorre, no centro europeu, a mudança da perspectiva acerca do preso, com o desenvolvimento dos primeiros estabelecimentos prisionais, dotados de ideias primitivas que perduram até os dias atuais. Esse movimento, foi fortemente influenciado pelos ideais renascentistas e iluministas, destaque para Cesare Beccaria, filósofo italiano, criador da obra "*Dei Delitti e delle Pene*" (Dos Delitos e Das Penas), que possuía como enfoque a análise da crueldade do sistema prisional naquele período histórico, tornando-se fonte de inspiração para futuras construções jurídicas como a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, na França (BITENCOURT, 2016).

Defendia o referido filósofo dentre outros conceitos, os princípios da igualdade, legalidade e proporcionalidade na aplicação da lei penal, bem como, a positivação do

Direito Penal, permitindo uma previsibilidade entre a conduta praticada e a repressão aplicada pelo Estado (BECCARIA, 2005).

“O rigor das penas deve estar em relação com o estado atual do país. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito rude de um povo que abandona o estado selvagem. Para dominar o leão em fúria é preciso o raio, cujo ruído apenas faz irritá-lo. Contudo, à medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se quiser conversar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser menos rigorosas.” (BECCARIA, 2005, p. 50).

No Brasil, o grande avanço no aspecto legislativo ocorreu a partir de 1940, com o desenvolvimento do Código Penal (Lei nº 2.848/40), bem como, em 1984, com o estabelecimento do Código de Processo Penal (Lei nº 7.209/84) e a elaboração da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84). Os referidos diplomas normativos trazem em comum cinco pontos básicos: repúdio à pena de morte, manutenção da prisão, criação de novas penas patrimoniais, extinção das penas acessórias e revisão das medidas de segurança. (DOTTI, 2002).

Atualmente, a pena encontra-se baseada em três pilares básicos, a prevenção, a repressão, e a ressocialização, sendo este último, o fim máximo (DOTTI, 2002). Com isso, a Lei de Execuções Penais trouxe em seu bojo diversos instrumentos de promoção da dignidade da pessoa humana, bem como, a integração do indivíduo recolhido ao cárcere com a sociedade.

Registra-se que tais regramentos encontram-se em consonância com o tratamento ofertado pela Constituição Federal ao preso, que consagra de maneira expressa, a proteção da integridade física e psíquica do apenado, como também, veda a aplicação de qualquer penalidade com caráter aviltante.

Consoante estabelecido no art. 41 da Lei de Execuções Penais, são direitos do preso:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:
I - alimentação suficiente e vestuário;
II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
III - Previdência Social;
IV - constituição de pecúlio;
V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 XI - chamamento nominal;
 XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
 XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)
 Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (BRASIL, 1984).

Além destes, merece menção que o direito à visita íntima, para ambos os sexos, manifestação do direito de visita, previsto no inciso X, do art. 41, mas regulamentado na resolução nº 01 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Valois (2021) discorre que há uma clara deturpação dos direitos do preso pela sociedade, encarando-os como favores, porém, tratar os direitos dos apenados como meros benefícios, significa “passar uma ideia de fraqueza dos seus direitos, como se fosse algo concedido e não algo que os presos podem exigir” (VALOIS, 2021, p. 13), entretanto, tais direitos devem ser considerados como verdadeiras garantias, portanto, exigíveis e apenas restringíveis em situação excepcionais, devidamente motivadas.

Ademais, merece o esclarecimento que os direitos estabelecidos no art. 41 não são exaustivos, existindo outros igualmente importantes e que devem ser efetivados pelo poder público.

Desse modo, observa-se que é devido ao preso assistência material, assistência à saúde, jurídica, educacional, assistência social, bem como, assistência religiosa (BRASIL, 1984).

Quanto a assistência material, esta visa oferecer ao apenado, elementos mínimos indispensáveis para sua dignidade, pois, sem o desempenho de atividade remunerada, estará o detento impossibilitado de prover os elementos básicos de sua subsistência. Desse modo, nesse contexto, podem ser considerados como elementos da assistência material a alimentação digna, roupas e equipamentos de higiene.

Já em relação a assistência à saúde, estabelece o art. 14 da LEP que a assistência à saúde compreenderá: atendimento médico, farmacêutico e

odontológico, inclusive, com a presença de profissionais da saúde no ambiente do cárcere (BRASIL, 1984). Nesse sentido, oportuno mencionar, a existência da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade do Sistema Prisional (PNAISP), vinculado ao Sistema Único de Saúde (SUS), que estabelece as diretrizes básicas da saúde no ambiente carcerário, conforme a Resolução nº 04, de 18 de julho de 2014, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

A assistência jurídica, notadamente, para aqueles que não possuem condições financeiras de custear um advogado privado, será exercida pela defensoria pública.

Já no que atine à assistência educacional, essa se desdobra na necessidade de oferecimento do ensino escolar regular, inclusive, com bibliotecas nas unidades carcerárias, tomo também, a capacitação profissional, com o aprimoramento de talentos já existentes e a oferta de novas atividades.

Tais hipóteses foram inseridas a partir da Lei n. 12.245, de 24 de maio 2010, que incluiu o § 4º ao art. 83 da LEP, estabelecendo que nos estabelecimentos penais, deverão ser desenvolvidas salas de aula, destinadas a cursos de ensino básico e profissionalizante.

Destaca-se que a oferta da instrução escolar no ambiente do cárcere encontra respaldo constitucional, nos termos do art. 205, da CF/88:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” como também preconizado pelo art. 208, § 1º da Carta Magna ao dispor que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (BRASIL, 1988).

Ademais, o estudo realizado pelo preso que se encontre no regime fechado ou semiaberto, é causa de remição da pena, na proporção de um dia de pena para cada 12h de estudo, conforme dicção expressa do 126 da LEP, incluída pela Lei nº 12.433/2011.

A assistência social encontra-se expressamente prevista no art. 23 da LEP. O retorno ao convívio social é uma das principais finalidades da pena no processo de execução penal. Nesse diapasão, dispõe a Lei de Execuções Penais que a assistência social é dever do Estado, possuindo como atribuições a prevenção do crime e o retorno do egresso ao convívio social (BRASIL, 1984).

Essa assistência social, atua especialmente no fortalecimento de vínculos do egresso com a família e com a sociedade, visto que, ao sair do cárcere é essencial que o indivíduo receba apoio dos que lhe cercam com o propósito de evitar a reincidência e garantir a reinserção na sociedade.

Por fim, a assistência religiosa será prestada ao apenado que desejar, conforme dicção do Art. 5º, VI, da CF/88. Ademais, não poderá ser imposta por parte da administração penitenciária, uma vez que o Brasil é um país laico ou não confessional e a liberdade do exercício de qualquer fé é direito fundamental.

Todas as garantias acima descritas traduzem o compromisso do legislador ordinário com a garantia da dignidade da pessoa humana no ambiente do cárcere, em cumprimento aos mandamentos constitucionais já estudados. Todavia, observar a realidade do cárcere brasileiro é constatar a ineficiência do Estado e, mais do que isso, questionar a eficácia das normas positivadas.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL SOB A PERSPECTIVA DA SUPREMA CORTE COLOMBIANA

A Colômbia é um país localizado no extremo norte América do Sul que assim como o Brasil, possui nas páginas da sua história um longo processo de exploração e marginalização das populações vulneráveis. Assim como o Brasil, a Colômbia possui uma Constituição relativamente recente, datada de 1991, cuja principal marca implementada pelo constituinte foi o desenvolvimento de políticas sociais e normas dirigentes, que norteiam a atuação do poder público.

Com efeito, preleciona a Constituição Colombiana que:

Artigo 1: A Colômbia é um Estado social de direito, organizado na forma de república unitária, descentralizada, com autonomia de suas unidades territoriais, democrática, participativa e pluralista, baseada no respeito à dignidade humana, no trabalho e na solidariedade da indivíduos que a ela pertencem e a prevalência do interesse geral.

Artigo 2: Os objetivos essenciais do Estado são servir à comunidade, promover a prosperidade geral e garantir a eficácia dos princípios, direitos e deveres estipulados pela Constituição; facilitar a participação de todos nas decisões que os afetam e na vida econômica, política, administrativa e cultural da nação; defender a independência nacional, manter a integridade territorial e assegurar a coexistência pacífica e a aplicação de uma ordem justa.

As autoridades da República são estabelecidas para proteger todos os indivíduos residentes na Colômbia, em sua vida, honra, propriedade, crenças e outros direitos e liberdades, e para assegurar o cumprimento dos deveres sociais do Estado e dos indivíduos (COLÔMBIA, 1991).

Inferre-se do art. 2º supramencionado, que o constituinte coloca o Estado como provedor do desenvolvimento social do povo colombiano, atribuindo de maneira expressa o dever do Estado de cumprir e garantir o cumprimento dos princípios, dos direitos e deveres constitucionais. Essa marca social não para por aí, sendo facilmente percebida ao longo dos 380 artigos que compõem a referida norma constitucional.

Entretanto, assim como o Brasil, a Colômbia é marcada por omissões políticas não normativas, ou seja, em que pese existir leis disciplinando direitos e garantias fundamentais, há uma ausência de ações por parte do Estado no sentido de cumprir os comandos determinados pelo legislador.

Nesse sentido, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é uma técnica jurídica desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) para o enfrentamento de

violações sistêmicas dos direitos fundamentais de pessoas em contexto de vulnerabilidade, em razão da omissão do poder público.

O Estado de Coisas Inconstitucional tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público (CUNHA JÚNIOR, 2015).

O ECI, segundo a suprema corte colombiana, baseia-se na superação da ideia de que a omissão inconstitucional ocorre unicamente quando não são desenvolvidas leis para regulamentar direitos. Nesse sentido, ensina Campos (2016, p. 37):

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

Assim, diante dessa necessidade de combater a omissão inconstitucional do executivo da efetivação das políticas públicas, foi desenvolvida o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, caracterizada pelo preenchimento de cinco requisitos, segundo a corte constitucional idealizadora: 1) a grave, permanente e generalizada violação de direitos fundamentais que afetem a um número indeterminado de pessoas (ou seja, não basta uma mera proteção insuficiente); 2) Comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais na atuação para garantia desses direitos fundamentais (não basta, para caracterizar o ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade); 3) A inexistência de ações legislativas, orçamentárias e administrativas necessárias para evitar a vulneração desses direitos; 4) A existência de um problema social amplo que demande a atuação de diversos órgãos estatais e que comprometem parte considerável do orçamento público; 5) Possibilidade de ajuizamento massivo de ações judiciais para garantir a efetividade desses direitos (CUNHA JÚNIOR, 2015).

Logo, quando a corte reconhece a condição de ECI, declara a existência de um quadro insuperável de violação de direitos fundamentais, praticados por diversas entidades públicas, de modo que apenas ações estruturais são capazes de modificar esse quadro.

Nesse contexto, o judiciário atrai para si, como guardião da constituição, a possibilidade de ingerência na discricionariedade administrativa, interferindo na elaboração e implementação de políticas públicas e na alocação de recursos orçamentários, coordenando, desse modo, as medidas concretas necessárias para superação da status de inconstitucionalidade extrema, até então vivenciada (CAMPOS, 2016).

Assim, por ser uma sentença estruturante, o ECI possui como objetivo principal, proporcionar o desenvolvimento de políticas públicas efetivas, no sentido de superar violações sistêmicas institucionalizadas e praticadas em detrimento de alguns grupos sociais, permitindo assim que direitos constitucionalmente previstos saiam do plano teórico e encontrem guarida no plano fático.

Surge, nesse cenário, um dos principais pontos de questionamento acerca do instituto do ECI, a figura do instituto do ativismo judicial e os limites que devem ser impostos a esse ativismo.

Registra-se que o termo ativismo judicial, atualmente, atingiu um sentido dúbio, que por vezes traveste a atuação do judiciário um contexto pejorativo, indicando uma atuação desarrazoada e que afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes. Por outro lado, aflora-se a ideia de ativismo judicial como o controle de constitucionalidade realizado pelo judiciário frente aos atos normativos, administrativos, legislativos e, do mesmo modo, judiciais, objetivando o equilíbrio e a obediência aos comandos realizados pelo constituinte.

Pode-se afirmar, que a ideia de ativismo judicial surge com as perspectivas modernas do Estado Neoconstitucional, que traz em sua essência, além da perspectiva da Constituição como vértice do sistema jurídico de um país, a necessidade de constitucionalização dos direitos, a expansão da jurisdição constitucional e, na mesma perspectiva, a judicialização da política como elemento de concretização formal e material dos dispositivos fundamentais constitucionais.

Em defesa do ECI, Hernández (2003, p. 207) *apud* Guimarães (2017) intercede no sentido de que:

O estado de coisas inconstitucional pode ser encarado como a expressão da proteção dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, uma vez que o seu reconhecimento acarreta mandados de ações e deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado. Nesse contexto, a declaração de estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional corresponde ao papel que o juiz constitucional está cada vez mais sendo chamado a cumprir, o de garante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista.

No mesmo sentido, complementa Campos (2015):

Não é possível alcançar esses objetivos, necessário para superação do quadro de inconstitucionalidades, por meio dos instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional. Sem embargo, são a dramaticidade e a complexidade da situação que justificam ou mesmo impõem a heterodoxia dos remédios judiciais. No entanto, as cortes devem ser cientes das próprias limitações. Devem saber que não podem resolver o quadro atuando isoladamente, e que de nada adiantará proferirem decisões impossíveis de serem cumpridas. Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico

Por outro lado, Streck (2015) critica o instituto sob estudo, ao afirmar que o mesmo pode se transformar em um instrumento extremamente perigoso ao Estado Democrático de Direito, ao transferir ao judiciário um poder ilimitado e discricionário. Isto porquê, especialmente em um país com notáveis incongruências entre o plano normativo e a realidade social, qual será a estrutura que o judiciário irá priorizar? Sob qual fundamento? Quais os elementos estruturantes que o Judiciário poderá fazer uso, uma vez que inexiste uma matriz Constitucional de competências pré-definidas para tais fins? Em uma democracia quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe.

Nesse sentido, em que pese a importância do ECI, a delimitação dos seus poderes é ponto fulcral para a manutenção da ordem constitucional. A própria Colômbia traz em seu histórico jurisprudencial exemplos práticos de sucesso e insucesso da aplicação do instituto do ECI. A adoção de uma posição essencialmente concretizadora, com interferência política e orçamentária, ou a posição dialógica sob o plano político, distinguiram a eficácia das decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC).

Assim, oportuno e indispensável registrar a construção jurisprudencial da CCC acerca do ECI, notadamente acerca da solução encontrada pela Colômbia para omissões inconstitucionais não normativas.

3.1 SENTENCIA DE UNIFICACION SU. 559/97 – DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS PARA PROFESSORES DA REDE PÚBLICA DE ENSINO.

A suprema corte colombiana já reconheceu o instituto do ECI em diversas oportunidades, a primeira delas ocorreu no ano de 1997, na *Sentença de Unificación SU. 559/97*, na oportunidade, a demanda versava sobre 45 professores dos municípios de Maria La Baja e Zambrano que tiveram negados os seus direitos previdenciários constitucionais, após anos de contribuições regulares ao *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisteri* (COLÔMBIA, 1997).

Segundo restou argumentado pelos promoventes, durante vários anos fora descontado a quantia equivalente a 5% (cinco por cento) dos vencimentos mensais dos professores, destinados a um fundo de previdência de professores da rede municipal de ensino, entretanto, conforme demonstrado na tutela requerida, quando buscaram gozar os referidos benefícios previdenciários, foram surpreendidos com a informação de que os municípios correspondentes não promoveram a devida filiação dos professores, razão pela qual, foram impedidos de fruir dos seus direitos previdenciários (COLÔMBIA, 1997).

Nesse contexto, tendo em vista que a previdência social é um direito fundamental do indivíduo, bem como, considerando que os docentes foram privados de gozarem dos seus direitos previdenciários por culpa exclusiva dos entes públicos, mesmo após anos de contribuição, houve um claro atentado aos direitos fundamentais daqueles professores, razão pela qual, o judiciário foi chamado a intervir e regular a situação.

Registra-se que diante da complexidade dos fatos sob discussão, vez que a demora ou inefetividade da solução poderia comprometer a subsistência de diversas famílias colombianas, como também, tendo em vista a existência de diversas demandas de cunho individual, a suprema corte colombiana entendeu que precisava de uma solução excepcional para o caso, dando início a construção do Estado de Coisas Inconstitucional.

Nesse contexto, no julgamento da SU/559, a Corte Constitucional Colombiana assumiu a posição de promover o diálogo entre todas as partes envolvidas, entendendo que cabe ao órgão guardião da constituição, atuar como ponte entre os demais poderes da república, objetivando superar uma violação grave direitos fundamentais, até então, sem precedentes, cuja solução exigiria um sistema colaborativo, conferindo através do julgamento de uma demanda individual, efeitos *erga omnes*, objetivando a proteção de um número indeterminado de professores que tiveram seus direitos violados (CAMPOS, 2016).

Ou seja, à Corte Colombiana promoveu, através de um instituto inovador: o Estado de Coisas Inconstitucional, a proteção de diversos professores em situação semelhante, evitando o assobramento de demandas individuais e garantindo a efetividade de direitos fundamentais aos demandantes.

Merece destaque o fato de estar-se diante de um caso em que a inconstitucionalidade restou atestada através de um ato omissivo do poder público, isto porquê, existia a garantia constitucional da previdência, havia, do mesmo modo, normas infraconstitucionais que disciplinavam a matéria, ou seja, o legislativo tinha cumprido o seu papel, entretanto, a omissão institucional impôs um quadro de grave violação de direitos fundamentais.

A sentença estrutural integrativa a CCC ao final: i) declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, em razão da grave violação a direitos fundamentais promovida pelo poder público; ii) preventivamente, determinou que todos os municípios, em situação semelhante, corrigissem eventuais equívocos em prazo razoável; iii) determinou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos membros CONPES social para adoção de providências práticas e orçamentárias urgentes (COLÔMBIA, 1997). Nesse sentido, veja-se:

Primero.- DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.
Segundo.- ORDENAR que para los efectos del numeral primero se envíe copia de esta sentencia al Ministro de Educación, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director del Departamento Nacional de Planeación y a los demás miembros del CONPES Social; a los Gobernadores y las Asambleas Departamentales; y a los Alcaldes y los Concejos Municipales.

Tercero.- En consecuencia, REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena y por el Juzgado Civil del Circuito de Carmen de Bolívar, los días 28 y 30 de octubre de 1996, respectivamente. En su lugar, se CONCEDE a los demandantes la tutela de su derecho a la igualdad. En consecuencia, los municipios demandados deberán, dentro del año siguiente a partir del primero (1º) de enero de 1998, adelantar y culminar el trámite de afiliación de los actores al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Cuarto.- Para lo de su competencia, enviar copia de esta sentencia al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República.

Quinto.- Líbrense por Secretaría las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, y todas las demás comunicaciones que sean necesarias para dar efectivo cumplimiento a este fallo. (COLÔMBIA, 1997).

Neste norte de ideias, a Corte Colombiana demonstrou, conforme se observa do trecho da parte dispositiva da sentença, sensibilidade diante de um caso tão complexo, promovendo efeito resolutivo e dialógico entre os poderes, objetivando superar um quadro de grave violação de direitos fundamentais, evitando ainda que novos casos semelhantes surgissem, com a determinação que todos os municípios, em situação semelhante, adotassem providências prévias para regularização.

3.2 DIREITO DE PETIÇÃO DE APOSENTADOS E MORA ADMINISTRATIVA – SENTENÇA T-068 DE 1998.

A segunda manifestação da Corte Constitucional Colombiana acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, ocorreu na demora da Caixa Nacional de Previdência em responder os aposentados e pensionistas que requereram recálculo no valor dos benefícios previdenciários ou pagamento de diferenças (COLÔMBIA, 1998).

Na oportunidade, a Caixa Nacional de Previdência informou existir pendente de análise, aproximadamente, 45.000 (quarenta e cinco mil) requerimentos administrativos, alguns com prazo superior a 03 anos de atraso (COLÔMBIA, 1998).

Desse modo, diante do acúmulo de tutelas individuais ajuizadas, a Corte concluiu pela existência de um quadro grave e insuperável de violação a direitos constitucionais fundamentais, ante a total ineficiência administrativa, como também, a ausência de medidas no sentido de superar o quadro, expondo aposentados e pensionistas a uma mora desproporcional.

Segundo restou consignado no julgamento da Sentença t-068 de 1998, demonstrando a gravidade da situação, estatisticamente, a Suprema Corte informou que, naquela oportunidade, 16% de todas as demandas em todo o país envolviam a Caixa Nacional de Previdência, fato que impôs a adoção de providências para superação do quadro caótico (COLÔMBIA, 1998).

Tal cenário demonstra a manifestação de um claro atentado a eficiência administrativa e, por conseguinte, da própria construção de um Estado Social de Direito. Afinal, a existência de um Estado Democrático de Direito, possui como um dos seus pilares a capacidade do Estado resolver dificuldades sociais na perspectiva da justiça social e do direito. Nesse sentido, segue trecho do referido julgado:

La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones. El logro de los objetivos y fines del Estado requieren de una función administrativa eficiente que responda a las exigencias del Estado Social de Derecho (COLÔMBIA, 1998).

Com o reconhecimento do ECI pela CCC, para superação do quadro ordenou: i) à Caixa Nacional de Previdência que resolvesse o problema dos demandantes em 48 horas; ii) que a declaração de ECI fosse comunicada aos Ministros da Fazenda e do Crédito Público e do Trabalho e da Seguridade Social, ao Chefe do Departamento Administrativo da Função Pública e à gerência de Caixa Nacional de Previdência Social para que, dentro do prazo de seis meses, adotassem medidas para superação do quadro; iii) comunicou a decisão ao Procurador Geral da Nação e ao Controlador Geral da República para acompanhamento das medidas adotadas pelos demandados e eficiência de tais medidas; e (iv) comunicou ao Defensor do Povo para velar pelo respeito aos direitos humanos dos aposentados e pensionistas, devendo informar à Corte Constitucional sobre a situação (COLÔMBIA, 1998).

Nesse contexto, a Suprema Corte Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, em razão da ineficiência do Estado, que não só afeta direitos

individuais, no sentido de cada requerente ter, em tempo razoável, resposta do Estado ao exercício do seu direito de petição, mas também, que tal quadro de letargia atinge de sobremaneira o judiciário, que acaba sendo assoberbado de demandas, em uma tentativa desesperada dos cidadãos de terem seus direitos reconhecidos.

3.3 SENTENCIA T-153, DE 1998 - CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO DA COLÔMBIA

A terceira manifestação da corte colombiana acerca do Estado de Coisas Inconstitucional ocorreu ainda em 1998, dessa vez a temática envolveu um problema vivenciado pelo Brasil e objeto do presente trabalho, a crise do sistema carcerário e as graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais dos presos.

Conforme ensina Campos (2015, p. 01) diversas ações de tutela foram protocoladas no sentido de informar a situação do sistema carcerário. Inicialmente, o processo que deu origem a *Sentencia T-153*, teve origem para apurar os sistemas penitenciários de Bogotá, Bellavista e Medellín, entretanto, a justiça colombiana, embasada em estudos estatísticos e empíricos, constatou um quadro de violação de direitos generalizado em todo o país, tais como o direito à saúde, dignidade da pessoa humana, entre outros, que associados a superlotação e episódios de violência física, exigiam a atuação conjunta do Estado:

A corte acusou a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de “tragédia diária dos cárceres”. Ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, a corte: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (CAMPOS, 2015, p. 01)

Esse quadro crítico foi constatado em toda Colômbia, conforme relatórios apresentados, demonstrando um cenário análogo ao que restou consignado na ADPF nº 347/DF aqui no Brasil.

Ponto digno de nota, reside no fato de que o problema sob enfoque ganha contornos ainda mais sensíveis, visto que, mesmo diante de um quadro de violações extremas aos presos até os dias de hoje, inexistente um sentimento de revolta social ou mesmo inconformismo com a situação. Isso ocorre, além da omissão de políticas públicas, ao fato de que parte da sociedade, em uma dimensão equivocada da

dignidade da pessoa humana, acreditam que o indivíduo recolhido ao cárcere seria inimigo do Estado e, por conseguinte, desprovido de quaisquer formas de proteção dos seus direitos fundamentais.

Diante de uma visão deturpada, sustentada pela própria sociedade, inexistem qualquer mecanismo de cobrança social para garantia dos direitos desses sujeitos, vulneráveis, sem voz, que acabam se tornando invisíveis ao sistema.

Se é certo que o preso deve cumprir a reprimenda que lhe foi imposta, é igualmente correto o dever do Estado em oferecer condições dignas de cumprimento, uma vez que o criminoso que comete um delito tem como punição o cerceamento da sua liberdade, mas não o perecimento de sua dignidade, essa é irrenunciável e indisponível ao indivíduo.

Oportuno, trazer ao texto, trecho do relatório apresentado na *Sentencia T-153*, após inspeções realizadas nas unidades carcerárias de Modelo e Bellavista:

7. Las inspecciones le permitieron a la comisión judicial llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente inhumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados.

8. Las conclusiones extraídas por la comisión judicial no representan una gran novedad. En efecto, las visitas no hicieron más que confirmar las afirmaciones que, desde hace algún tiempo, habían sido expuestas por distintos organismos estatales acerca de las condiciones inhumanas que reinaban en estos y en otros centros de reclusión.[3] Además, para ningún colombiano que mire la televisión, oiga la radio o lea la prensa constituye un secreto que las cárceles colombianas atraviesan por situaciones infernales de hacinamiento. Incluso los directores de las cárceles aludidas, los directores del INPEC, el Ministerio de Justicia y el gobierno en general reconocen que las condiciones de albergue en esos penales no responden a los requerimientos mínimos para poder funcionar como tales.

Por lo tanto, resulta verdaderamente inoficioso pretender describir nuevamente las circunstancias en las que viven los reclusos. Los adjetivos y expresiones utilizados para exponer las circunstancias de vida en esos centros de reclusión se han convertido ya en lugares comunes, en frases de cajón. Por eso, para esta sentencia bastará con confirmar las aseveraciones formuladas en los distintos informes y remitir a ellos a los interesados. La reconstrucción de esta realidad dolorosa le corresponderá quizás a la literatura, despiadada acusadora de las sociedades ante la historia.

9. De lo hasta ahora expuesto se puede deducir con claridad meridiana que las cárceles Modelo y Bellavista presentan impresionantes condiciones de hacinamiento. Pero si el problema se redujera a estos dos reclusorios podría pensarse en solucionarlo con base en algunas órdenes de traslado de internos. Lastimosamente, estas dos cárceles son simplemente exponentes destacados de una situación generalizada, como se verá a continuación. (COLÓMBIA, 1998)

Desse modo, segundo os inspetores das unidades carcerárias, o quadro de superlotação e de violação de direitos era tão grave e constrangedor que inexistia qualquer solução paliativa a ser adotada e, em relação a superlotação, sequer seria possível pensar em um simples remanejamento de presos, uma vez que os demais presídios do país se encontravam em situação semelhante.

Em outro trecho do julgamento, a Corte Constitucional da Colômbia declarou que: “las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario, de los tratados y acuerdos internacionales y la jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta” (COLÔMBIA, 1998).

Nesse contexto, diante do grave quadro de violações de direitos e o preenchimento de todos os requisitos estabelecidos anteriormente pela Corte Colombiana, foi declarado do Estado de Coisas Inconstitucional, no sentido de permitir a adoção de medidas para superar o quadro de omissão institucional generalizada.

Com efeito, em decorrência do reconhecimento do ECI, foi determinado pela Corte Colombiana como medidas urgentes: ordenou-se a elaboração de um plano de ampliação e reforma das unidades carcerárias; foi ordenado ao Governo Federal a destinação de orçamentos necessários; exigiu-se que os governadores criassem e mantivessem presídios próprios; e foi requerido ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país (CAMPOS, 2015).

No entanto, segundo a doutrina majoritária, os efeitos almejados pela CCC não foram alcançados, isto é, muito embora o julgamento da *Sentencia T-153*, tenha sido emblemático, não surtiram o efeito prático necessário.

Conforme advoga Campos (2015) o maior equívoco cometido pela CCC, no julgamento, foi acreditar que sua autoridade seria suficiente para construir uma reformulação política sobre o tema. As ordens em sua maioria eram intransigentes e extremamente complexas. Ademais, não se criou nenhum sistema de monitoramento nacional, o que claramente fragilizou a efetividade das medidas. A Corte decidiu com pouca ou praticamente nenhuma compreensão acerca de fatores realmente impeditivos das autoridades políticas.

No mesmo sentido, Serafim (2018, p. 28) esclarece que:

Os objetivos pretendidos, todavia, não foram alcançados. Ainda que a Corte tenha decidido imbuída de boas intenções, adotou uma postura não só de

legitimidade duvidosa, mas também ineficiente. A doutrina atribuiu esse fracasso a três razões principais: medidas extremamente rigorosas, ausência de meios de fiscalização por parte do Poder Judiciário e tangenciamento do cerne da questão carcerária no país.

Primeiramente, a Corte Colombiana formulou medidas de forma solipsista, sem diálogo com os poderes políticos, aos quais compete a formulação e realização das políticas públicas. Além disso, não se estabeleceram formas eficientes de fiscalização do cumprimento das determinações presentes na sentença, o que era fundamental no referido caso.

Face ao exposto, pode-se afirmar que a atuação da corte ultrapassou os limites de sua competência, abdicando de um processo decisório dialógico e em consonância com a realidade, a Corte desviou-se do princípio fundamental da república, a separação dos poderes, e pagou um preço caro, viu sua autoridade se esvaír, após usurpar de maneira teratológica atribuições essencialmente políticas, além de ter sido ineficiente, visto que os efeitos práticos da decisão foram mínimos.

3.4 SENTENCIA T-25, DE 2004 – O CASO DO DESLOCAMENTO FORÇADO DE PESSOAS

O quarto caso estudado em que a CCC declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, concluindo assim a análise dos julgamentos simbólicos acerca do instituto, versa sobre o deslocamento forçado de pessoas na Colômbia, isto é, a mudança de domicílio imposta a famílias em razão dos níveis elevados de violência em determinadas regiões do país.

Conforme ensina Campos (2015, p. 01):

O caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia, decidido na *Sentencia* T-025, de 2004, é o mais importante do gênero. O deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as Farc ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos.

Isto é, o caso do deslocamento forçado de pessoas é consequência de um grave problema da Colômbia: a violência causada pelo crime organizado. Essa situação tateia as páginas da história colombiana e ocasiona graves situações sociais e violações de direitos. Entretanto, mesmo diante de um quadro grave e que persiste

ao longo das décadas, as autoridades políticas continuam adotando providências insuficientes, causando um quadro generalizado de destruição de lares, de violência, fome e deterioração dos direitos fundamentais.

Para se ter noção da dimensão do problema, segundo Espinosa (2017, p. 178) *apud* Serafim (2018, p.30): “Em 2015, 6,9 milhões de colombianos enquadravam-se no conceito de deslocado interno na Colômbia”, sendo que a população naquele período era de 47,52 milhões de habitantes, isso representa mais de 10 % (dez por cento) da população em um contexto de violação de direitos, obrigadas a deixarem seus lares, seus empregos, suas famílias, em razão da violência institucionalizada no país (FMI, 2015).

Segundo a Corte Colombiana, devido a perenidade dos casos ao longo da história e o agravamento da situação com o passar dos anos, houve um aumento exponencial do número de demandas judiciais buscando um tratamento preferencial do Estado. Esse tratamento preferencial representa, segundo a Corte, o “ponto de apoio para proteger os indefesos por deslocação forçada interna”, sob pena de uma violação dos direitos fundamentais dessas pessoas de maneira perpétua (COLÔMBIA, 2004).

Ainda segundo o julgado a escassez de recursos era apontada de maneira frequente pelo Estado, como a principal causa da ausência de desenvolvimento de medidas públicas eficazes às populações deslocadas (COLÔMBIA, 2004).

Nesse viés, na *Sentencia T-025*, de 2004, a Corte Colombiana examinou de uma só vez 108 pedidos de tutela, representando, aproximadamente, 1.150 núcleos familiares deslocados, merecendo registro que muitas dessas ações eram coletivas, ajuizadas por entidades sociais com capacidade jurídica de representar os hipossuficientes, sendo quem, na maciça maioria os grupos familiares eram compostas por mulheres, como chefe de família, menores, idosos e outros grupos sociais vulneráveis (CAMPOS, 2015).

Desse modo, a CCC concluiu estarem presentes os requisitos do ECI, razão pela qual, formulou uma série de providências que deveriam ser adotadas, com o fito de superar o problema.

Nesse aspecto, um ponto merece destaque, diferentemente da postura adotada no julgamento da crise do sistema carcerário, *Sentencia T-153*, cujos efeitos práticos da decisão foram constrangedores, em razão da inexpressiva relevância prática, dessa vez a corte demonstrou ter aprendido com a situação anterior e buscou

harmonizar o ativismo judicial com uma proposta de diálogos institucionais, é o que Campos (2015, p. 01) denominou de “virtudes democráticas e vantagens pragmáticas, como se observa do trecho a seguir:

Com ordens flexíveis e diálogo sobre a implementação de medidas, cortes apontam a omissão estatal inconstitucional e a conseqüente violação massiva de direitos, fixam parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas deixam as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais.

O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade. Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento podem, portanto, ser superiores às ordens detalhas e rígidas não apenas sob as óticas democrática e política, mas também quanto aos resultados desejados. Daí por que comportamento judicial da espécie possuir tanto virtudes democráticas como vantagens pragmáticas (CAMPOS, 2015, p. 01).

Segundo restou apurado, essa posição dialógica e multiportas instituída pela corte foi a principal ferramenta de sucesso e de transformação social. Demonstrando uma superação do quadro meramente simbólico da declaração ECI, assumindo um papel de efetiva transformação social através do instituto.

Nesse sentido, através da Sentença T-153, o judiciário não adentrou efetivamente nas medidas políticas que deveriam ser adotadas pelos órgãos políticos, mas, através de um diálogo com os demais poderes, determinou o desenvolvimento de marco regulatório acerca do tema, propondo a destinação prioritária de verbas do orçamento do Estado para auxílio às famílias deslocadas.

Outro ponto de destaque, foi a preocupação da Corte em estabelecer mecanismos de controle judicial da decisão. Desse modo, restou instituído: a realização de audiências públicas periódicas, não se esgotando a matéria com a decisão; desenvolveram um instrumento denominado de autos, um sistema de comunicação entre os poderes; dentre outras ferramentas dialógicas (SERAFIM, 2018).

Assim, em que pese o problema da população deslocada continue existindo, fruto de um contexto de violência urbana inexaurível, as medidas sociais para

minimização dos danos da população diretamente envolvida foram desenvolvidas e tidas como exitosas, ou seja, atualmente as pessoas submetidas a esse tipo de violação de direitos, encontram respaldo do Estado e políticas públicas de acolhimento, demonstrando a relevância social desenvolvida a partir da declaração do ECI.

4. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347/DF NO STF

A sociedade brasileira assiste há anos o debate acerca da crise do sistema carcerário brasileiro. Os presídios, consagrados pela lei como aparelhos de ressocialização de condenados, foram transformados em verdadeiros instrumentos da necropolítica no Brasil, diante de um contexto de desarrimo.

Os problemas encontrados nos ambientes penitenciários do Brasil são das mais variadas ordens: superlotação carcerária, falta de alimentação e vestimentas adequadas, homicídios, estupros, ausência de separação dos presos provisórios de presos definitivos. Essas são apenas algumas das circunstâncias que além de atentarem contra os direitos fundamentais, possibilitam o desenvolvimento de facções criminosas no ambiente do cárcere, bem como, caminham na contramão da ressocialização dos presos.

Registra-se que ressocialização dos presos é a grande finalidade do sistema prisional. Sendo que, se não houver investimento adequado para o aumento de vagas nas unidades penitenciárias, obedecendo aos comandos da Lei de Execuções Penais, nada de útil poderá se esperar do processo de recuperação dos condenados (NUCCI, 2014).

Esse panorama de omissão estatal destoava fortemente do cenário consagrado na Constituição Federal de promoção da dignidade da pessoa humana. O Estado, quando assume de maneira absoluta a titularidade da *persecutio criminis*, avoca o dever de promover a dignidade do preso e sua ressocialização, seja sob a ótica de um direito individual do recluso, seja sob a ótica do Estado como provedor do bem-estar social.

Nucci (2014, p. 805) ao tratar sobre o tema esclarece que:

Na prática, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

No mesmo sentido, Barros (2001) obtempera que as prisões e o direito penal pátrio servem apenas para contenção de indivíduos tidos como inadequados ao convívio social. Isto é, àqueles que, porventura, não resistam à situação de extrema pobreza e terminam por ingressar no mundo do crime, são tratados como verdadeiros delinquentes impiedosos que merecem a total abjeção do Estado.

Segundo dados do INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional e do CNJ - Conselho Nacional de Justiça, em meados de 2021 o número de presos total no país era de 811.000 (oitocentos e onze mil) detentos, bem como, das 1381 unidades carcerárias, 997 tem mais de 100% da capacidade ocupada, sendo que, entre essas 276 possuem ocupação em números superiores a 200% da capacidade. Merece destaque ainda, segundo o levantamento, que cerca de 40% dos presos são provisórios, ou seja, aguardam julgamento (OLIVEIRA, 2021)

Esses números atualizados ganham maior relevância quando comparados com os anos anteriores, que demonstram o aumento do número de indivíduos recolhidos ao ambiente do cárcere.

Entre os anos de 2005, quando esses dados passaram a ser levantados, e 2016, a população carcerária dobrou em todo o país, passando de aproximadamente 316 mil presos para 726 mil apenados e entre 2016 e 2021, houve um aumento de aproximadamente 10% da população carcerária (ERDELYI, 2017)

Esse cenário de desarranjo estrutural levou o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) a ajuizar perante o STF a ADPF nº 347/DF, mediante representação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, instruída com Parecer do Professor Titular de Direito Penal da UERJ Juarez Tavares, com o objetivo de se reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, em razão das reiteradas e graves violações de direitos fundamentais (BRASIL, 2015).

O argumento utilizado pelos peticionantes foi de que situação retratada decorre de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que eventual solução do problema está intimamente ligada a adoção de medidas por parte dos diversos poderes da república, em todos os níveis da federação (BRASIL, 2015).

Consignou-se ainda que o quadro encontrado no Brasil guarda íntima relação com o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, razão pela qual, torna imperativa a intervenção da suprema corte

brasileira, no exercício do papel de guardião dos direitos fundamentais (BRASIL, 2015).

De acordo com o que restou assinalado pelo PSOL a declaração do ECI permite ao juiz constitucional impor providências excepcionais aos Poderes com vistas a superação do quadro de violações massivas de direitos fundamentais, como também, adotar medidas de controle da implementação (BRASIL, 2015).

Assim, pugnou-se com a referida ADPF, em síntese, a declaração do ECI, além da adoção de diversas providências, dentre as quais, merecem destaque: a) determinação para que juízes motivem expressamente a necessidade da aplicação de prisões provisórias em detrimento das cautelares do art. 319 do CPP; b) A instituição da audiência de custódia, no prazo de 24h, após as prisões; c) Que a União se abstenha de realizar contingenciamentos nas verbas do Fundo Penitenciário Nacional; d) Elaboração de um plano pela União de superação do quadro de ECI, como também que esse plano seja submetido a ampla discussão com a sociedade civil organizada e demais entidades e órgãos interessados; e) Que o Supremo Tribunal Federal fiscalize a implementação de tais providências (BRASIL, 2015).

Portanto, houve com a referida postulação, a abertura de um campo amplo e sensível de discussão para reconhecimento do ECI e a adoção de medidas para superação de tal quadro, conforme será observado a seguir.

4.1 DO CABIMENTO DA ADPF COMO VIA ELEITA E DA LEGITIMIDADE DO STF PARA DECLARAÇÃO DO ECI

A Constituição pode ser compreendida como a lei fundamental de um Estado, decorrente da atuação do poder constituinte originário, tem o condão de inaugurar a ordem jurídica e irradiar os seus preceitos para todas as normas supervenientes.

Além de disciplinar a ordem política e jurídica, a Constituição representa os valores culturais e sociais de um povo, reflexo de ideais construídos ao longo da história que merecem a proteção normativa por retratarem a identidade da nação.

Nesse sentido, a ideia de supremacia da constituição, fortemente reverenciada pelo neoconstitucionalismo, se expressa em razão da posição de vértice normativo ocupado pela Constituição, razão pela qual todas as normas jurídicas se submetem aos seus valores, como também, como decorrência lógica dessa condição, toda

sociedade, bem como, os poderes da república submetem sua atuação ao crivo do texto constitucional.

A partir dessa compreensão, deduz-se que a própria constituição e as normas infraconstitucionais devem estabelecer mecanismos de proteção da supremacia da constituição. Nesse sentido, no Brasil, um dos instrumentos desenvolvidos para proteção da força normativa da Constituição é a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Conforme disciplina a Constituição Federal no art. 102, §1º, a arguição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo STF, na forma da lei (BRASIL, 1988).

A Lei nº. 9.882/99, disciplinou o instituto da ADPF no direito pátrio, cujo objeto é: evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores a Constituição (BRASIL, 1999).

Registra-se que, muito embora a ADPF tenha sido incluída na Constituição através da EC nº 03 de 1993, foi disciplinada apenas em 1999, através da lei supramencionada. Nesse sentido, esclarece Lenza (2020, p. 286) que até o advento da Lei nº 9.882/99, “o STF decidiu que o art. 102, § 1.º, da CF/88 materializava norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, enquanto não houvesse lei descrevendo a forma da nova ação constitucional, a Suprema Corte não poderia apreciá-la” .

O art. 1º da Lei da ADPF estatui que o seu objeto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental em decorrência de ato do poder público ou quando existir relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos, inclusive anteriormente a Constituição de 1988 (BRASIL, 1999).

Nesse norte de ideias, o ato do poder público objeto de impugnação e fiscalização através da ADPF pode ser normativo ou administrativo, comissivo ou omissivo. Ademais, a noção de poder público abarca as autoridades das diversas esferas da federação, inclusive órgãos da administração direta e indireta (BULOS, 2015).

Ponto digno de nota reside na exata compreensão do que seria preceito fundamental, conforme explica Bulos (2015), podem ser adjetivados como fundamentais os principais preceitos do sistema constitucional, nessa perspectiva, àqueles que estabelecem comandos imprescindíveis para sustentação do Estado

Democrático de Direito, como também, expressam de maneira clara os princípios norteadores da atuação do constituinte originário.

Objetivamente, segundo Lenza (2020, p. 287), considerando o texto positivo na Constituição Federal, seriam fundamentais:

Aquelas que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os 'princípios fundamentais' do Título I (arts. 1.º ao 4.º); os integrantes da cláusula pétreia (art. 60, § 4.º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc.

Desse modo, a partir dessa compreensão, pode-se concluir que a ADPF é o instrumento adequado para combater as omissões não normativas dos entes da Administração Pública, superando inconstitucionalidade de direitos devidamente disciplinados por normas infraconstitucionais, uma vez que há uma clara relação de causa e consequência, entre as condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos e o quadro de violação massiva de direitos constatados no ambiente carcerário.

Assim, quanto à possibilidade da ADPF ser o instrumento adequado para declaração do ECI, bem como, para incitar mudanças para superação de tal quadro, oportuno trazer à baila, trecho do julgamento da ADPF 347 do STF:

Os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

[...]

Quanto ao disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade –, entendo estar atendido, porquanto inexistente, no âmbito do controle abstrato de normas, instrumento diverso mediante o qual possam ser impugnados de forma abrangente, linear, os atos relacionados às lesões a preceitos fundamentais articuladas. (BRASIL, 2015).

Desse modo, pode-se afirmar que o quadro de violação de direitos no ambiente carcerário contraria de maneira absoluta os direitos fundamentais consagrados na Constituição/88, assim, considerando a ausência de políticas públicas efetivas e a omissão de um movimento dialógico em todos os níveis da administração pública que desaguam na gravidade do cenário vivenciado, a ADPF é sim o instrumento legítimo

para combater o quadro de inconstitucionalidade, notadamente, pelo fato de que a inconstitucionalidade não reside na ausência de leis ou omissão legislativa, mas no cumprimento dessas leis e dos valores constitucionais.

Por fim, oportuna a análise da competência e legitimidade do STF para julgamento da ADPF 347.

Conforme supramencionado, a competência do STF para o julgamento da ADPF 347/DF decorre diretamente da Constituição Federal nos termos do art. 102, § 1º, restando devidamente observada a competência sob o aspecto formal.

À vista disso, importante consignar que compete ao STF a guarda da Constituição podendo/devendo ser provocado sempre que algum direito fundamental estiver ameaçado. Logo, no caso da ADPF 347, o pano de fundo da demanda reside na condição precária dos estabelecimentos prisionais, centros de segregação de direitos institucionalizados e administrados pelo poder público, razão pela qual, a atuação da corte constitucional pátria legitima-se, em termos materiais, ante o quadro de violação massiva e sistemática de direitos constitucionalmente previstos.

Outrossim, legítima a atuação do PSOL para ajuizar a referida demanda, uma vez que partidos políticos se encontram como legitimados, consoante o art. 103, VIII, da CF/88, para que, como representantes do povo, defendam os interesses dos representados, notadamente das minorias e vulneráveis (BRASIL, 1988).

Ademais, o cenário de desconformidade do ambiente carcerário ocorre de maneira isonômica em todo o país, sendo um problema de amplitude nacional, de modo que se impõe o debate sob um olhar macro, fato que apenas corrobora com a legitimidade da demanda e a propositura perante o Supremo Tribunal Federal.

Desta maneira, considerando tudo o que restou apresentado, autêntica a competência do STF para julgar a ADPF sob estudo, seja sob o aspecto formal, em razão da via eleita para questionamento da matéria, seja em razão da matéria ventilada na demanda.

4.2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

A atuação da justiça brasileira, de modo especial, do Supremo Tribunal Federal, ganhou destaque nas rodas de conversa e nos noticiários nos últimos anos. O que

antes era tema inacessível para a maioria da população, com a massificação das redes sociais, a ampliação das redes de cobertura dos provedores de internet, bem como, julgamento de casos populares, muitas das vezes com decisões impopulares, atraíram os olhares para o poder judiciário.

Transmissões ao vivo de pautas de julgamento, matérias de destaque em relevantes jornais televisivos, fatos antes inesperados, além da elevação do nível de escolaridade da população são circunstâncias que corroboraram com a transformação da relação da população com a justiça no Brasil.

Associado a tudo isso, escândalos de corrupção faraônicos envolvendo líderes do executivo e do legislativo transformaram o Poder Judiciário, para muitos, em um superpoder ou o maior dos poderes, capaz de curar todas as mazelas da sociedade e estabelecer um processo de pacificação social, em uma sociedade fragilizada por históricos casos de violações a direitos fundamentais.

Em paralelo, o movimento neoconstitucionalista inaugurou um processo semelhante em diversos países do mundo, especialmente no ocidente. A constitucionalização de direitos desenvolvida desde o final da Segunda Guerra Mundial, como já explanado ao longo do presente trabalho, atribuiu às supremas cortes de justiça o dever de uma atuação recorrente acerca de violação de direitos, notadamente quando se encontram em pauta aspectos relacionados aos direitos fundamentais.

Esse cenário de atuação ativa do judiciário, o levou, não raras vezes, a se debruçar sobre temas historicamente atribuídos a seara da política, gerando pontos de ebulição quanto aos limites impostos pelo princípio da separação dos poderes e a necessidade de proteção das normas constitucionais atribuída ao STF.

Ao tratar sobre o tema, o Ministro Barroso (2012, p. 02) ensina que:

O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. [...] Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem

desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Todos os esses casos demonstram aquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial, ou seja uma “participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação de outros poderes” (BARROSO, 2012, p. 03).

Esse processo de protagonismo e expansão da atuação do judiciário levou a ideia equivocada de associar o ativismo judicial a algo negativo, como sendo uma manifestação autoritária do judiciário frente aos demais poderes.

Ao bem da verdade, o ativismo judicial caminha sobre uma linha tênue, de um lado, essa visão popularmente sustentada, de invasão autoritária do judiciário na seara dos demais poderes, manifestação de um processo de hipertrofia do judiciário na sociedade, de outra banda, o ativismo judicial como promoção dos direitos fundamentais, fruto de um sistema dialógico e integrativo, em total consonância com o espírito normativo da constituição pátria.

Sobre o tema, Pogrebinski, (2000) define o ativismo judicial como sendo o fruto de um processo de ampla jurisdicionalização de direitos, concretizado quando o poder judiciário usa das suas prerrogativas constitucionais para rever ou contestar decisões dos demais poderes; quando promove, através de suas decisões, a implementação de políticas públicas ou; quando o juiz ativista assume o papel de agente político, ultrapassando os princípios da segurança jurídica e coerência jurídica na sua atuação.

Já para Castro (1997) a ideia de ativismo judicial não pode ser pejorativa, na verdade é extremamente oportuna quando objetivar a implementação de políticas públicas e imprimir o desenvolvimento do diálogo sobre temas relevantes da sociedade. A promoção de uma interação entre os poderes é necessária e se destaca como expressão da democracia.

Por outro lado, um dos principais críticos do ativismo judicial e da judicialização da política, Streck (2013) afirma que muito embora a Carta Magna traga em seu bojo uma série de direitos sociais, que implicam de maneira inevitável em uma judicialização rotineira, essa necessidade não se confunde com ativismo judicial, uma vez que esta é desarrazoada e ilegítima. Segundo o referido doutrinador, sob o manto

da concretização de direitos, os juízes estão extrapolando suas competências constitucionais e ao tomarem atitudes pragmaticistas, *pari passu* resolvem problemas individuais e ocasionam problemas gerais graves.

É possível que o judiciário fiscalize e controle de algum modo a atuação das políticas públicas dos entes políticos, mas não como tem sido feito, a interferência do judiciário na atuação do executivo atingiu um nível alarmante de discricionariedade do poder judiciário. Existe hoje um movimento de panprincipiologismo no judiciário, onde interpretações diversas são dadas aos princípios objetivando fundamentar pretensões preestabelecidas pelo julgador, alterando de maneira desenfreada a normatividade e a semântica constitucional (STRECK, 2013)

Ou seja, para o referido autor, quando o judiciário interfere a atuação dos demais poderes para garantir direito individual, está na verdade sacrificando os fundamentos do Estado Democrático de Direito e atrasando o progresso do direito.

Pois bem, em que pese a plausibilidade e relevância dos argumentos contrários, a maioria da doutrina sustenta a legitimidade do ativismo judicial quando exercido dentro dos axiomas constitucionais, para Sadek (2007) a própria Constituição de 1988, informada pelos princípios norteadores do neoconstitucionalismo, atribuiu ao poder judiciário poderes especiais para consagração dos seus direitos. Nesse sentido, a instituição do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, inclusive a inconstitucionalidade por omissão, a edição de súmulas vinculantes, bem como, a atribuição dada ao STF para proteção e legítimo intérprete da Constituição, são manifestações que denotam a possibilidade do poder judiciário e, de modo especial, ao STF, protagonizarem diálogos com os demais poderes para superação de controvérsias jurídicas e omissões legislativas.

No mesmo norte de ideias, adverte De Paula (2011, 273):

Por óbvio, o modelo clássico de separação de poderes, na esteira das propostas originárias de Montesquieu e Madison, alicerçou-se em um paradigma liberal do direito, pelo qual ao judiciário caberia apenas revelar o direito. Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial

Assim, têm-se que com a consolidação do Estado Democrático de Direito e o fortalecimento da irradiação dos valores constitucionais em toda sociedade, o poder judiciário assumiu o papel de garantidor de direitos. Cabe ao poder judiciário a proteção das normas constitucionais, em defesa da sociedade, quando não forem satisfeitas pelo legislativo e pelo executivo. Inteligência diversa levaria, por vezes, ao esvaziamento dos direitos fundamentais e a total vulnerabilidade da sociedade ao pragmatismo político vigente.

A ideia ativista, ao bem da verdade, se manifesta através de diferentes formas, mas sempre observando a concretização de valores constitucionais, que incluem: (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012).

Ademais, importante consignar que a interferência do judiciário quanto a consagração de políticas públicas deve ser limitada, inclusive pelos próprios limites constitucionais. É claro que o estabelecimento desses limites não é tarefa fácil, notadamente, em aspectos objetivo, especialmente, tendo em vista que tal temática não é o cerne da pesquisa, entretanto, garantias como a reserva do possível, mínimo existencial, inércia jurisdicional e a promoção do diálogo institucional, são limites de observância obrigatória dentro de uma postura ativista legítima.

Desse modo, o ativismo judicial pode ser sim ferramenta útil de efetivação de direitos fundamentais, encontrando respaldo constitucional, quando desenvolvido dentro dos limites acima expostos. Equivocada a racionalização de que o judiciário e, de modo especial, o STF não poderia interferir nas decisões políticas do Estado, especialmente quando legitimamente provocado.

A omissão no desenvolvimento de políticas públicas deve ser fiscalizada, especialmente quando implicarem violação a direitos fundamentais. O fato de que a atuação política representa a vontade da maioria, democraticamente eleita, não pode servir de escudo para omissão do Estado e violação de direitos de uma minoria.

4.3 DOS FUNDAMENTOS INSCULPIDOS PELO STF PARA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.

O julgamento da ADPF 347/DF pelo Supremo Tribunal Federal é emblemático. Eventual provimento dos pedidos apresentados pelo PSOL, quando da provocação do judiciário, implicaria no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e, de igual modo, possibilitaria a ingerência do judiciário em temas que seriam de atribuição originária dos Poderes Executivo e Legislativo.

Em tese, a declaração do ECI seria uma clara manifestação do ativismo judicial, na sua essência mais polêmica e controversa, uma vez que traria em suas raízes toda carga conceitual e ideológica desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana.

Outro aspecto de destaque a partir do reconhecimento do ECI seria a superação histórica da ideia restritiva da inconstitucionalidade normativa, ou seja, a compreensão de que tão grave quanto a edição de leis e atos normativos em desacordo com os axiomas constitucionais, é a atuação política que de maneira sistemática viola direitos fundamentais, com a ausência de desenvolvimento de políticas públicas, especialmente para consagração de direitos sociais aos vulneráveis e minorias da sociedade.

No dia 09 de setembro de 2015 deu início no plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Distrito Federal, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. Expressões como vergonha nacional e inferno dantesco referenciaram a realidade carcerária no Brasil e marcaram o julgamento. (BRASIL, 2015).

Inaugurado o julgamento, o Ministro Marco Aurélio apresentou o relatório da demanda. Em seu voto argumentou inicialmente que a temática é rotineira no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental baseada na omissão do poder público em desenvolver melhorias dos presídios ou construir novas unidades carcerárias, além de implementar de maneira mais eficiente os recursos originários do Fundo Penitenciário Nacional, bem como, de modo principal, acabar com a violação sistemática de direitos fundamentais dos presos, expostos a condições insalubres e a falta de direitos básicos consagrados na

Constituição Federal e legislações ordinárias, como: saúde, educação, alimentação e vestuário dignos, trabalho e assistência jurídica (BRASIL, 2015).

Ademais, consignou que se trata de pauta impopular, uma vez que envolve direitos dos presos, grupo social estigmatizado e cuja dignidade humana é tida como perdida, a partir do cometimento de ilícitos (BRASIL, 2015).

No mérito, o ministro relator discorreu sobre a o cenário degradante do sistema penitenciário, aduzindo que, conforme estudos realizados por diversas instituições, cenários como celas superlotadas, insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos de higiênicos básicos além de homicídios frequente e episódios de espancamentos, tortura e violência sexual contra os detentos, se repetem em todo o país (BRASIL, 2015).

Exemplo desse cenário catastrófico é que segundo relatório desenvolvido pela Clínica UERJ de Direitos, utilizado como embasamento da referida ADPF, restou constatado que na Cadeia Feminina de São Paulo, as detentas que não recebiam de seus familiares materiais de higiene pessoal, utilizavam miolo de pão para a contenção do fluxo menstrual (BRASIL, 2015).

O estágio ao qual chegou o sistema penitenciário pátrio, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, incluindo-se, nesse cenário o próprio poder judiciário e o sistema adotado de encarceramento em massa, especialmente das classes menos favorecidas. Além disso, tal responsabilidade não é só da União, como também dos estados e do Distrito Federal. Falta coordenação institucional (BRASIL, 2015).

Seguindo com a construção argumentativa, o Ministro Marco Aurélio asseverou que o quadro recorrente de violações dos direitos dos presos e de todas as pessoas que labutam no ambiente do cárcere, bem como, a ausência de diálogos construtivos dos órgãos políticos para superação do quadro, configura o que a Corte Constitucional Colombiana considerou como um Estado de Coisas Inconstitucional, razão pela qual, se impõe que o juízo constitucional adote providências no sentido de superar essa realidade, restaurando de algum modo a dignidade do sistema carcerário (BRASIL, 2015).

Assim, segundo o Ministro Relator, impõe-se ao STF:

Superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais

Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (BRASIL, 2015, p. 31).

Assim, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio julgou pela procedência do pedido declaratório de reconhecimento do ECI do sistema carcerário brasileiro e determinou:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (BRASIL, 2015, p. 41).

No mesmo sentido, o Ministro Edson Fachin em seu voto externou sua preocupação com o tratamento ofertado ao sistema carcerário, aduzindo que:

As questões atinentes ao sistema penitenciário nacional há muito não encontram espaço fértil ou adequado de tratamento pelos poderes Executivo e Legislativo. Os direitos dos encarcerados não encontram qualquer espaço na criação e implementação de políticas públicas (Executivo) e tampouco em qualquer atuação legislativa (Legislativo) (BRASIL, 2015, p. 50).

Argumentou ainda que o Princípio da Separação dos Poderes não pode justificar a inércia absoluta dos órgãos de justiça frente a inércia intencional e sistemática dos demais poderes (BRASIL, 2015).

Por fim, merece ser ressaltado o enfoque ofertado pelo Ministro Fachin, ao afirmar que a maioria dos indivíduos que vivenciam o ambiente do cárcere são de

grupos minoritários e vulneráveis, fato que apenas corrobora com a atuação do poder judiciário, especialmente do STF, na consagração dos direitos fundamentais desses sujeitos que são invisíveis ao sistema (BRASIL, 2015).

Por sua vez, o Ministro Luiz Roberto Barroso também se manifestou no sentido de reconhecer o ECI do sistema carcerário brasileiro. Seguiu o citado ministro os argumentos apresentados pelo relator. No entanto, merece destaque trecho do voto do ministro, quando elenca o perfil dos presos no Brasil, veja-se:

A sociedade brasileira, com justa razão, é atormentada por duas linhas de criminalidade: a criminalidade que importa violência e a criminalidade que ela associa à corrupção - corrupção lato sensu, desde corrupção ativa, passiva até fraudes em licitações. Pois, interessante, a clientela preferencial do sistema penitenciário não é uma nem outra. A maior parte das pessoas que está presa no Brasil não está presa nem por crime violento, nem por criminalidade de colarinho branco. 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 (BRASIL, 2015, p. 71).

Seguindo a mesma inteligência, torna-se evidente que a cadeia no Brasil é destinada a um público seletivo, no entanto, nesse rol não se encontram os criminosos que praticam crimes de corrupção e colarinho branco, ou mesmo, àqueles que praticam crimes graves, especialmente contra a vida e a integridade física.

O Ministro Teori Zavascki assim como a Ministra Rosa Weber seguiram o voto do relator, reconhecendo o ECI do sistema penitenciário e destacando a legitimidade da atuação do STF na referida matéria. Segundo os ministros, a Suprema Corte não pode se omitir em casos de tamanha relevância, devendo promover o diálogo para superação desse quadro com responsabilidade e coerência com as normas constitucionais (BRASIL, 2015).

O Ministro Luiz Fux em seu voto ressaltou a contribuição negativa do judiciário para a configuração do ECI. Ademais, advogou favoravelmente a racionalização do judiciário quanto a aplicação das prisões provisórias, bem como, da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito ou alternativas, evitando o abarrotamento dos presídios (BRASIL, 2015).

Seguindo o mesmo norte de ideias, a Ministra Cármen Lúcia também seguiu integralmente o voto inaugural do relator, o Ministro Marco Aurélio. Acrescentou na

oportunidade ponto extremamente relevante sobre a matéria e poucas vezes abordado, o fato de que, segundo dados de 2013, das 1424 unidades prisionais em todo país, apenas 04 são administradas pela União (BRASIL, 2015).

Em resumo, há um descompasso, segundo a ministra, acerca da responsabilidade sobre o tema, os Estados, muitas vezes com muito menos recursos financeiros, assumem quase de maneira absoluta administração penitenciária no Brasil (BRASIL, 2015).

Outro ponto de destaque do voto da eminente ministra, diz respeito a experiências de parcerias público-privada para gestão penitenciária, destacando o que ocorre no Estado de Minas Gerais, onde, mesmo com muitos problemas, percebe-se a existência de um ambiente salubre e digno para os envolvidos, além de possuir uma das menores taxas de reincidência do país (BRASIL, 2015).

Por fim, em seu voto, a Ministra apresentou a seguinte reflexão, que pela relevância merece transcrição integral:

Em 1982, Darcy Ribeiro fez um célebre discurso em que ele desafiava o Governo, avisando que se não tivesse a construção de muitas escolas no Brasil, nós iríamos, um dia, trazer ao Supremo julgamentos para mandarem construir penitenciárias aos montes e não caberia todo mundo. E parece que o presságio está se cumprindo (BRASIL, 2015 p. 124).

Já o Ministro Gilmar Mendes inicia seu voto destacando o cabimento da presente ADPF, uma vez que há um cenário claro de violação de direitos fundamentais no ambiente carcerário Aduz ainda que, muito embora não concorde integralmente com o contexto de declaração do ECI, a existência de um sistema instrumentalizado de violações de direitos fundamentais no ambiente carcerário justifica a necessidade e relevância da ADPF (BRASIL, 2015).

O Ministro Celso de Melo, ao seu turno, discorreu que a inércia estatal, ao descumprir os comandos constitucionais é algo perigoso e demonstra um estranho gesto de autoritarismo, aduziu ainda que:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos (BRASIL, 2015, p.153.).

Sobre a legitimidade do STF para tratar sobre a matéria, o ministro destacou a relevância da interpretação judicial como instrumento de atualização semântica do texto Constitucional.

Na realidade, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, nesta vislumbra um documento vivo a ser permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do “corpus” constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que, mediante esse processo de “aggiornamento”, o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo (BRASIL, 2015 p.157).

Por arremate, o Ministro Celso de Melo reforçou a ideia de que o sistema penitenciário brasileiro é a expressão visível e lamentável de um Estado de Coisas Inconstitucional. Segundo o ministro, a petição inaugural da ADPF, escancara a terrível realidade do sistema carcerário, cuja situação crônica culmina por viabilizar o cenário de condições degradantes (BRASIL, 2015).

No último voto da sessão de julgamento, coube ao então presidente do STF, o Ministro Ricardo Lewandowski apresentar as últimas palavras sobre o tema. Ao concordar integralmente com os termos apresentados pelo relator, o ministro do STF, que também exercia as funções de presidente do CNJ, esclareceu que, em relação a um dos pedidos da medida cautelar, a realização de mutirões de justiça, afirmou que esse é um ponto que tem priorizado e desenvolvido ferramentas diversas para incentivo de tais medidas (BRASIL, 2015).

Ademais, esclareceu o Ministro que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, que embrionariamente era ventilado na Suprema Corte Brasileira, agora encontra, um acolhimento total e justifica, inclusive, a interferência do Poder Judiciário nesta aparente discricionariedade no manejo do fundo penitenciário nacional (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, o pleno do STF após ampla discussão reconheceu de maneira inédita a figura do ECI, sob a perspectiva de que no sistema prisional brasileiro existe um quadro de violação massiva dos direitos fundamentais dos presos.

Segundo restou pacificado entre os ministros, é extremamente perigoso a existência de normas constitucionais que discricionariamente não são cumpridas, o que abre uma brecha perigosa ao autoritarismo.

Ademais, em total descompasso com os comandos constitucionais, as penas privativas de liberdade, em razão do contexto dos cárceres, acabam sendo penas cruéis e desumanas, o que é expressamente vedado pelo texto constitucional.

Desse modo, fora deferida parcialmente, a medida liminar pleiteadas pelo PSOL, determinando-se que juízes e tribunais de todo o país instrumentalizassem a audiência de custódia, no sentido de viabilizar o comparecimento do preso em flagrante, perante a autoridade judiciária. Em ato contínuo, a Suprema Corte vedou que o Executivo realize contingenciamento dos valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional, inclusive com a liberação do saldo acumulado.

Ademais, em consonância com as experiências positivas historicamente apresentadas pela Corte Colombiana, o Plenário do STF consignou que a declaração do ECI implicará em uma posição dialógica por parte do judiciário brasileiro uma vez que o objetivo com a presente medida não é imiscuir efetivamente na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, mas sim de promover mecanismos de cooperação, promovendo diálogos e rompendo barreiras entre os poderes, bem como, monitorando os resultados e as medidas efetivamente adotadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo foi identificado um grave cenário de violações de direitos fundamentais no ambiente carcerário do Brasil. Trata-se de um quadro de omissão institucional do poder público que transforma o sistema carcerário brasileiro numa masmorra de direitos, além de contribuir com os elevados índices de reincidência enfrentados em todo o país.

O cenário merece ainda destaque quando considerado que o Brasil possui uma das constituições com maior relevância no que atine aos direitos sociais e traz, em seu bojo, normas que consagram direitos e protegem os indivíduos recolhidos ao ambiente de cárcere em face das ingerências do Estado.

Assim, restou reconhecido que a atual condição dos presídios não afronta apenas a dignidade dos presos, mas de todos os personagens que movimentam a engrenagem do sistema carcerário. Os agentes penitenciários, policiais militares, advogados, serventuários da justiça também são expostos a uma condição totalmente insalubre, comprometendo de sobremaneira o desempenho de suas atividades profissionais, fato que apenas corrobora com a ideia de violação sistematizada de direitos.

Assim, trata-se de manifestação da omissão institucional não normativa, ou seja, há a consagração de direitos expressamente previstas em níveis constitucionais e infraconstitucionais, entretanto, por questões de ausência de políticas públicas efetivas, esses direitos são constantemente violados.

Nesse contexto, a presente pesquisa demonstrou que a Colômbia saiu na vanguarda jurídica no desenvolvimento de técnica decisória para o combate dessas omissões institucionais não normativas a partir do desenvolvimento do denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Entendeu-se que o judiciário não poderia permanecer inerte, especialmente quando devidamente provocado, diante de um cenário histórico de violações de direitos fundamentais, sustentado por pura discricionariedade política.

Segundo restou consignado, a Corte Constitucional Colombiana (CCC) define o ECI como uma construção de soluções estruturais voltadas à superação de quadros de violações massivas de direitos de pessoas vulneráveis em decorrência de omissões do poder público.

A partir da declaração do ECI, o judiciário atrai para si, em decorrência do status de guardião da Constituição, a possibilidade de atuação na discricionariedade política dos demais poderes, colaborando na elaboração de políticas públicas, objetivando a superação e a consagração dos direitos constitucionalmente previstos.

O ECI se manifesta assim, como um instrumento utilizado pelo Poder Judiciário para o combate de violações a direitos fundamentais. Entretanto, conforme restou constatado a partir da análise da construção jurisprudencial por parte da CCC, o sucesso desse instrumento está intimamente vinculado a posição que será adotada pelo poder judiciário frente aos outros poderes.

Durante a pesquisa foi analisada, em ordem cronológica, a construção jurisprudencial da CCC acerca do ECI. Através dos casos paradigmas, constatou-se que quando a suprema corte colombiana utilizou o ECI para assumir atribuições dos poderes executivos e legislativo, adotando uma posição de superpoder, de ordem, interferindo diretamente na política, o resultado foi o fracasso e a total irrelevância da posição jurídica adotada pela CCC. É o que aconteceu, por exemplo, no julgamento da Sentença T-153, de 1998, no caso da crise do sistema carcerário colombiano.

Entretanto, quando a CCC, a partir da declaração do ECI, utilizou sua autoridade para construir uma relação dialógica com os demais poderes, pensando políticas públicas em conjunto, considerando as limitações e entraves políticos, como por exemplo, a limitação orçamentária, a decisão trouxe reflexos positivos e ajudou a superar o quadro de violação de direitos, como ocorreu na Sentença T-25, de 2004, no caso do deslocamento forçado de pessoas

No Brasil, a figura do Estado de Coisas Inconstitucional foi declarada pela primeira vez no julgamento da ADPF 347/DF, em razão do grave e reiterado quadro de violação de direitos. Em decorrência da complexidade do problema, o STF não mais é chamado para atuar em questões individuais, assumindo o papel de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais violados através de medidas que buscam rever a atuação política frente ao problema.

Nesse cenário de inconstitucionalidade de direitos no ambiente carcerário, como também, considerando a perspectiva de que a gravidade do problema exige a atuação conjunta de todos os poderes, o PSOL pugnou através da ADPF 347/DF a declaração do ECI e a adoção de providências por parte do STF para superação do quadro.

À vista disso, inicialmente restou constatado através do presente trabalho que a ADPF era sim o instrumento jurídico adequado e legítimo para solucionar a omissão não normativa no Brasil. Isto por que, não há na legislação pátria instrumentos jurídicos de natureza genérica e estruturante.

No mesmo norte de ideias, o trabalho reconheceu que compete ao STF a guarda da Constituição, tanto sob a ótica de controle de leis infraconstitucionais inconstitucionais, como também, para garantir o cumprimento dos comandos expostos no texto constitucional.

Ademais, a própria Constituição Federal compete ao STF a legitimidade para o julgamento das ADPF's, de modo que aspectos sobre a legitimidade da via eleita e da competência da suprema corte constitucional pátria foram devidamente cumpridas.

A pesquisa permitiu ainda compreender, que ao contrário do que sustenta parte da doutrina pátria, o ativismo judicial desenvolvido pelo STF a partir da declaração do ECI não afronta à democracia, tampouco se reveste em violação do Estado Democrático de Direito e da separação dos poderes.

Conforme consignado, a partir do reconhecimento do ECI não caberá ao STF estabelecer às políticas públicas aptas a superar o quadro de violação de direitos, mas sim, de desenhar dialogicamente com os demais poderes, instrumentos para superação desse quadro, a partir da destinação orçamentária necessária, bem como, através da institucionalização de mecanismos de fiscalização e controle.

Isso por que, em que pese a crise do sistema carcerário possuir alicerces construídos a partir da ausência de políticas públicas, é certo que o judiciário também contribui com o cenário caótico encontrado, por exemplo, quando considerando que quase 40% dos presos são provisórios, aguardam, portanto, julgamento presos.

Ademais, pode-se afirmar que a declaração do ECI já apresentou efeitos práticos, a mencionar: a normatização da audiência de custódia, a realização de mutirões carcerários, adoção de prisões provisórias apenas quando devidamente justificadas, bem como o destravamento do orçamento que antes estava contingenciado para atividades diversas, foram algumas as medidas consignadas no julgamento, que permanecem em vigor até o presente momento e trazem reflexos positivos para solução da crise carcerária.

Desse modo, conclui-se assim que a pesquisa conseguiu responder a problemática inaugural, ao confirmar que a declaração do ECI é sentença estrutural legítima e apta a superar a crise do sistema carcerário, uma vez que se apresenta

como instrumento de efetivação de omissões institucionais e implementação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: RT, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 24 set. de 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21 ed.; São Paulo: Saraiva, 2016.

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

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF, 1940.

BRASIL. **Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984** – Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Resolução CNPCP nº 04, de 18 de julho de 2014**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/copy2_of_Resoluo012019Sistemizaocoma_nexocompleta.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. STF. **ADPF 347 MC/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, (Info 798). Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus concedido para retirar óbice a análise da progressão de pena. HC n.º 82.959**. Oseas de Campos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=79206&pgl=156&pgF=160>>. Acesso em: 11 out. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2015

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 01 out. 2022.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 01 out. 2022.

COLÔMBIA. Constituição (1991). **Constitución Política de Colombia**. Colômbia, 1991. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 06 de out. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº 559 de 1997**. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 04 de out. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T- 025 de 2004**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>>. Acesso em: 04 de out. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T 068 de 1998**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>>. Acesso em: 05 de out. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153 de 1998**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 04 de out. 2022.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 07 de out. 2022.

DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ERDELYI, Maria Fernanda. **Brasil dobra número de presos em 11 anos, diz levantamento; de 726 mil detentos, 40% não foram julgados**. g1.globo.com, 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-dobra-numero-de-presos-em-11-anos-diz-levantamento-de-720-mil-detentos-40-nao-foram-julgados.ghtml>>. Acesso em: 12 out. 2022.

FMI (Fundo Monetário Internacional). **World Economic Outlook Database** (em inglês). Fundo Monetário Internacional (FMI). Outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/Publications/WEO/weo-database/2015/October/weo-report?c=311,213,313,316,339,218,223,228,238,321,243,248,253,328,258,336,263,268,343,273,278,283,288,293,361,362,364,366,369,298,299,&s=LP,&sy=2015&ey=2020&ssm=0&scsm=1&sc=0&ssd=1&ssc=0&sic=0&sort=country&ds=.&br=1>>. Acesso em: 12 out. 2022.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GUIMARAES, Mariana Rezende. **O Estado de Coisas Inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da Corte Constitucional Colombiana**.

Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-doboletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-aperspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corteconstitucional-colombiana/at_download/file>. Acesso em: 28 set. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Carlos. **ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”**. camara.leg.br, 2021. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>>. Acesso em 12 out. 2022.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

SADEK, Maria Teresa. **Poder Judiciário: seu panteão**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 131-137, jan./mar. 2007.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **O estado de coisas inconstitucional e a busca por uma jurisdição constitucional legítima e eficiente: uma análise da adoção do instituto colombiano na ADPF nº 347/DF**. Fortaleza: Universidade Federal

do Ceará, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/34031>
Acesso em: 28 set. 2022

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional** positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 06 out. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/sensoincomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 10 de out. de 2022.

TAVARES, Juarez. **Parecer apresentado no bojo da petição inicial da ADPF 347**. Brasília, DF, 2015.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021