

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA- ASCES/ UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**DA OMISSÃO ESTATAL AO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
uma análise da ADPF 347**

BENA HALEY SILVA

CARUARU

2018

BENA HALEY SILVA

**DA OMISSÃO ESTATAL AO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
uma análise da ADPF 347**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro
Universitário Tabosa de Almeida- ASCES/ UNITA,
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. MsC. Luís Felipe Andrade Barbosa

CARUARU

2018

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof.

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

Por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 347, o Supremo Tribunal Federal - STF decidiu, pela primeira vez, estabelecer o chamado ECI - Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário Brasileiro. Trata-se de uma discussão recente, com base no constitucionalismo colombiano e que tem por desígnio reconhecer um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais de determinados grupos sociais e decorrentes de falhas estruturais. O instituto vem buscar novos parâmetros para as instituições que estão em má formação, por meio do diálogo entre os Poderes, visando-se uma solução emergente do caos de coisas inconstitucional. Deste modo, a problemática apresentada na pesquisa visa compreender qual comportamento a Corte deve adotar para chegar à superação do atual quadro do Estado de Coisas Inconstitucional. Para o desenvolvimento do estudo, aborda-se o método indutivo, objetivando-se contextualizar o atual sistema penitenciário brasileiro e as repercussões jurídicas advindas do cabimento da ADPF no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-Chave: Estado de Coisas Inconstitucional; ADPF 347; diálogos estruturais; direito ao mínimo existencial, sistema penitenciário brasileiro.

ABSTRACT

Through the Action of Non-Compliance with Fundamental Precept - ADPF n. 347, the Federal Supreme Court (STF) decided, for the first time, to establish the so-called ECI - Unconstitutional State of Things in the Brazilian penitentiary system. This is a recent discussion, based on Colombian constitutionalism, and whose purpose is to recognize a framework of massive and systematic violation of fundamental rights of certain social groups and resulting from structural failures. The institute comes to seek new parameters for institutions that are in poor formation, through dialogue between the Powers, aiming at an emerging solution of the chaos of things unconstitutional. Thus, the problem presented in the research aims to understand what behavior the Court must adopt in order to overcome the current framework of the State of Things Unconstitutional. For the development of the study, the inductive method is approached, aiming to contextualize the current Brazilian penitentiary system and the legal repercussions arising from ADPF's legal status in the country.

Keywords: State of Things Unconstitutional; ADPF 347; structural dialogues; right to existential minimum, Brazilian penitentiary system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
2 A ATUAL SITUAÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL.....	08
2.1 O Cárcere e a Barbárie Constitucional.....	08
2.2 Direito ao Mínimo Existencial e a Obrigação do Estado de Punir Dignamente o Apenado.....	10
2.3 Causas e Consequências de Violações a Direitos Fundamentais.....	11
3 DA OMISSÃO ESTATAL AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL..	15
3.1 O limite de uma inconstitucionalidade e a configuração do ECI na jurisdição brasileira.....	15
3.2 Uma análise a ADPF 247.....	18
3.2.1 Fundamentos da decisão cautelar na ADPF.....	20
3.2.3 Principais objeções enfrentadas pelo ECI.....	20
	23
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS.....	26

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo tratar sobre o Estado de Coisas Inconstitucional versado na ADPF de n. 347 e recepcionado pela Suprema Corte do STF em 2015. A priori, o instituto foi utilizado pela Corte Constitucional Colombiana que declarou Estado de Coisas Inconstitucional pela primeira vez em 1997. Há época, alguns professores de dois municípios colombianos propuseram ações de tutela alegando que os municípios estavam falhando em não inseri-los no sistema previdenciário.

Abordadas as demandas perante a Corte, foi constatado que a falta de inscrição estava afetando a ausência de pagamento de seguros e a falta de prestação de saúde não era um problema apenas dos demandantes, mas alcançavam boa parte dos professores atrelados a sistemas municipais de educação, ou seja, não era um problema privado de um pequeno grupo de demandantes, mas se tratava de uma situação generalizada, alcançando vários municípios daquela região.

Em outra importante decisão, a Corte Constitucional da Colômbia declarou o Estado de Coisas Inconstitucional referente ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. Na *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998, discutiram-se, tal como ocorre na ADPF 347, o problema da superlotação e as condições cruéis das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A corte, amparada por dados, averiguou que o quadro de violação de direitos era generalizado na Colômbia e contemporâneo nas demais instituições carcerárias de todo o país.

Diante do caso, a Corte percebeu que se deliberasse meramente contra a autoridade demandada, a solução não seria alcançada, pois o problema estava na raiz, portanto, a falha era estrutural. Dito de outro modo, a inconstitucionalidade não era concernente somente a casos particulares, mas sim da estrutura do próprio sistema. Assim, declarou-se que a demanda traduzia um Estado de Coisas Inconstitucional e passou-se a interferir na formulação e implementação de políticas públicas de educação.

O Instituto do ECI ganhou notoriedade no Brasil a partir da ADPF (Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 347, proposta em maio de 2015 pelo PSOL, idealizada na UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) pela Clínica de Direitos Fundamentais, sob a liderança do professor e pesquisador Daniel Sarmento.

Em apreciação cautelar, foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário brasileiro. Liminarmente, o STF proibiu o Poder Executivo de controlar os valores disponíveis no Fundo Penitenciários Nacional, determinando que a União libere este

saldo acumulado para atender ao seu desígnio. Fora determinado também à realização de audiências de custódia para tornar possível o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas, a contar da prisão em flagrante.

A CRFB de 1988 traz um rol de garantias às pessoas privadas de liberdade, que decorrem do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Sabe-se, por exemplo, que o constituinte proibiu as penas degradantes ou cruéis e garantiu a integridade física e moral dos presos.

No entanto, ao verificar o sistema prisional brasileiro, pelos dados estatísticos que serão analisados ao longo deste trabalho, se observa que essa promessa constitucional, não tem sido concretizada. Percebe-se um quadro dramático de violações reiteradas a Direitos Fundamentais. No que concerne às finalidades da pena (repressão, prevenção geral e especial e reinserção na sociedade), estas não vem sendo efetivadas. Os presídios são ambientes onde prevalecem à barbárie e a negação de acesso a múltiplos direitos básicos. Há carência em assistência à saúde, água potável e alimentação de qualidade.

Ademais, as condições de higiene das celas são absolutamente precárias, apresentando infiltrações, precariedade de iluminação e ventilação, o que agrava ainda mais as condições sanitárias dos presos, deixando claro que o mínimo existencial garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro às pessoas privadas de sua liberdade, vem sendo descumprido pelos órgãos estatais.

Com o Instituto do Estado de Coisas Inconstitucional busca-se debater uma nova postura da Corte Constitucional e Corte Suprema no sentido de mudanças processuais e de inovações tutelares processuais voltadas a aproximar as normas constitucionais da realidade concreta no que se refere à efetividade de direitos fundamentais.

Não se cuida única e exclusivamente de tutelar direitos subjetivos, porquanto a necessidade de resguardar a própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, haja vista que não se tem em mãos, violações de um grupo e sim um problema maior, um problema de transgressão de um sistema de direitos fundamentais, transgressão ao mínimo existencial do ser humano. Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2016) ensina que:

A garantia do mínimo existencial é importante para a proteção e promoção da liberdade e da democracia, mas mesmo em hipóteses em que tais princípios não estejam em jogo, às condições materiais básicas de vida devem ser asseguradas. Não se deve cogitar, por exemplo, em privar do acesso ao mínimo existencial aqueles indivíduos especialmente vulneráveis, incapacitados para o exercício da autonomia pública ou privada (...) Portanto, já cientes de um problema estrutural generalizado que se encontra

assolado nas penitenciárias brasileiras, qual comportamento a Corte deve adotar para chegar à superação do atual quadro do Estado de Coisas Inconstitucional.

O instituto vem buscar novos parâmetros para as instituições que estão em má formação, buscando-se o diálogo entre os Poderes para uma solução emergente do caos de Coisas Inconstitucional. É importante observar que, uma vez adotadas as medidas, deve ser analisado qual o nível de sucesso ou de deficiência que tais medidas estão surtindo.

Portanto, a partir das considerações expostas, torna-se relevante o estudo do Instituto do Estado de Coisas Inconstitucional e uma análise da ADPF 347. Para tanto, a pesquisa realizada neste artigo será descritiva e quantitativa, isto porque, leva em consideração a análise do tema e a busca de dados que podem embasar o artigo.

Será realizado através do método dedutivo, cuja opção se justifica porque o método escolhido permite uma análise geral do Direito Comparado, pela apreciação da legislação Colombiana, trazendo-se suas nuances para uma questão particular vivenciada no Estado Brasileiro. Ademais, enquanto procedimento, este trabalho realizar-se-á por meio de observação indireta.

Acredita-se que a superação desse quadro violador do mínimo existencial dentro dos presídios brasileiros é possível mediante um conjunto de medidas de natureza legislativa, executiva, administrativa, orçamentaria e, principalmente, de políticas públicas que envolvam uma pluralidade de atores públicos, e não simplesmente de uma única autoridade. Nesse sentido, analisar a tese defendida na ADPF 347 ante as diversas ações e omissões de todos os poderes estatais que causam violações a Direitos Fundamentais será o objetivo precípuo deste artigo.

2. A ATUAL SITUAÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

2.1 O cárcere e a barbárie Constitucional

Historicamente, o nascimento dos estabelecimentos prisionais está associado ao abandono das penas cruéis, marcado como um suposto processo de humanização das penas. Em meados do século XVIII para o XIX, as penas de açoite, de morte e de destruição de corpos, traduzidas pela violência e pela lógica do espetáculo, foram substituídas pela pena de detenção, ou seja, a pena brutalizada e os martírios assistidos em praça pública confere lugar a um novo modo de punição, supostamente mais humano e igualitário. Como adverte Michel

Foucault (2013, p. 218), a prisão “marca um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade”.

Sendo a liberdade inerente a cada indivíduo, principal bem jurídico da sociedade, a prisão passa a existir como o local para o cumprimento da pena proporcional e adequada, quantificada em dias-salário, com exata conotação temporal, bem como econômica.

Portanto, observa-se que a pena privativa de liberdade passa a compor o centro do sistema penal. Nesse contexto, a liberdade passa a ser restringida em resposta à prática de um delito. Tornou-se a fundamental resposta penalógica idealizada na confiança de que a prisão é a melhor escolha de se alcançar a reabilitação daquele que transgredir a lei e a paz social.

Trata-se de um mal necessário e indispensável para a vida em sociedade, pois a lei, para ser aplicada e obedecida, necessita de um cunho coercitivo. O Estado teria a função de primar pela segurança de seus cidadãos, tanto dentro do cárcere, bem como extra-cárcere.

Contudo, o sistema carcerário brasileiro corresponde a locais onde a sobrevivência depende da adaptação de seres humanos a situações cuja degradação vai além do que se possa imaginar. Quando se analisa o sistema punitivo no Brasil, predomina uma situação calamitosa dos presídios.

As condições desumanas em que se encontram os encarcerados traduzem a realidade de um sistema prisional caótico, humilhante, odioso, desonrante, inadequado, ilegítimo, ilegal e, imoral revelando uma realidade muito diferente àquela de ressocialização trazida pela Lei de Execuções Penais. Constata-se, ao contrário do que prevê o ordenamento jurídico, que as prisões contribuem para retirar o indivíduo apenas do convívio social, pois as situações a que são submetidos, retiram-lhe a dignidade humana.

Dessa forma, a prisão ao invés de devolver a sociedade um indivíduo recuperado, como prevê a legislação, apenas oferece um ser rotulado e estigmatizado que provavelmente não conseguirá recomeçar sua vida de forma lícita, pois as circunstâncias em que sobrevive o apenado o impede de reabilitação.

Suas condições são execráveis e não proporcionam de forma alguma a realização diligente da pena, além de sua alimentação deficiente e condições de saúde degradantes e principalmente a agressividade com que uma pena privativa de liberdade acarreta na psique do indivíduo, demonstra incapacidade de recuperar qualquer apenado.

A deterioração das celas e as circunstâncias de sobrevivência que vivem os apenados foi o principal foco da CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário Brasileiro, instaurada em 2015 destinada a investigar a realidade dos presídios. O relatório mostra presos vivendo em celas insalubres, repletas de mofo e infestadas de ratos e baratas.

Ao mesmo tempo, eles comem alimentos estragados. O odor azedo da comida misturado ao cheiro de mofo, esgoto e falta de banho dos detentos torna o ambiente irrespirável. Instalações superlotadas, com graves condições de ventilação, iluminação, higiene e outras tantas mazelas não são incomuns.

Nas penitenciárias femininas, a situação das mais de 37.380 mulheres presas no Brasil consegue, segundo dados do Infopen – Informações Penitenciárias de 2014, ser ainda pior do que a dos homens 542.401 (INFOPEN, 2014). Elas passam pelas mesmas agruras do público masculino, mas em um sistema que não dispõe da menor infraestrutura para as indigências do corpo feminino.

A gravidez no cárcere é outra infelicidade. A Lei nº 11.942/2009 assegura às mães presas e aos recém-nascidos, condições mínimas de proteção como acompanhamento médico à mulher e berçários. Além disso, estabelece a reserva de ambientes para gestantes e parturientes dentro das penitenciárias. No entanto, diante de toda precariedade da estrutura prisional e do caos que assola as presas, estas, sujeitam os recém-nascidos às mesmas condições subumanas em que vivem.

Portanto, diante de todo o cenário atual existente nos presídios e na medida em que o Estado se omite em seu dever de proteção dos direitos fundamentais desses custodiados, ou se não o faz de forma adequada e eficaz, tem-se, clarividente, uma inconstitucionalidade.

2.2 Direito ao Mínimo Existencial e a obrigação do Estado de punir dignamente o apenado

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova ordem jurídica, e proclama o nascimento de uma democracia a qual não apenas estabelece um regime político democrático, como propicia um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Em meio a todos os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, merece destaque o mais amplo e o mais importantes deles: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Figura no artigo 1º da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil, se incorporou também ao dia a dia da aplicação judicial, sendo possível sua visualização em vários julgados e precedentes judiciais, fazendo-se presente em movimentos sociais e em discursos políticos. Rogério Greco (2011, p.71) afirma que:

Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador constituinte em conceder um status normativo ao princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo-o como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites, mutilações, castrações, etc.

Entende-se, deste modo, que o princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce para todo o ordenamento jurídico, estando incluída nessa dialógica a proibição de qualquer tratamento desumano que infrinja tal princípio basilar.

Daniel Sarmiento (2015, p. 87) propõe a definição de um “conteúdo básico” para a dignidade da pessoa humana e de uma metodologia para sua aplicação. Por conteúdo, ele entende que o princípio deve se basear em quatro bases: valor intrínseco, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento. Sobre o mínimo existencial Daniel Sarmiento (2016, p. 16) citando Barcellos, (2002, p. 293-301), explica que:

Mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados pela Constituição de 88, como saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc., estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça.

Nathalia Masson (2016, p. 320) entende que o Mínimo existencial tem como escopo delimitar um número reduzido dos direitos fundamentais mais básicos e essenciais à vida com dignidade. Para Barroso (2011, p. 202) o mínimo existencial pode ser definido como o “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sedo desrespeitado”.

Não obstante, em muitas circunstâncias percebe-se uma transgressão pelo próprio Estado do direito ao mínimo existencial. Deste modo, aquele que seria o principal responsável pela sua observância, acaba se transformando em maior violador.

Essa violação é constante e tem grande evidência na seara do Direito Penal, onde o estado passou a utilizar da pena e das prisões como principal meio de controle e conservação da ordem, no entanto, o limite de atuação deve está estabelecido e vinculado aos direitos fundamentais, fato este esquecido pelo poder estatal.

Ana Paula Barcellos (2002, pp. 245-246) dispõe que as Constituições modernas devem se atentar para o bem-estar do homem, assegurando a sua própria dignidade, conforme destacado:

A meta central das constituições modernas, e da carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos individuais, condições materiais mínimas de existência.

No entanto, apesar da vasta legislação existente e da pacífica doutrina e jurisprudência atinente aos direitos inerentes ao apenado, à realidade é outra. A vida prática no cárcere é cruel. Legitimando-se tal afirmação, Rogério Greco (2011, p.103) exemplifica:

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, faltam cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Observa-se que, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial, ainda que relativizado, deve ser resguardado; sendo assim, impõe-se limites à própria atuação do Estado e ao *ius puniendi* estatal.

Para Daniel Sarmiento (2016, p.16-17), “não importa a gravidade do crime que tenham eventualmente cometido ou de que estejam sendo acusados – não perdem, evidentemente, o direito ao mínimo existencial, que, não obstante, vem-lhes sendo sistematicamente denegado em todo o país”.

Percebe-se que, apesar de ter o agente infrator realizado uma conduta reprovável legalmente, não pode o Estado tratá-lo de forma desumana ou ainda como “coisa” quando aprisionado em lugares sem espaço sequer para dormir, por exemplo. Além do mais, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma forma de limitar o Poder Público e, ainda, é dever deste assegurá-la. No entanto, o que se observa é uma omissão generalizada por parte daqueles que devem assegurar a integridade, tanto física, bem como psíquica, dos que são mantidos em poder e custódia do Estado.

Por este motivo, é plausível o Poder Público não se eximir das obrigações estipuladas. Daí o afastamento do argumento da reserva do possível, pois, razões de ordem financeira não podem sobrepor-se à necessidade de proteção do bem maior da dignidade humana.

O Supremo Tribunal de Justiça, em diferentes oportunidades, confirmou alinhar-se ao entendimento de que, em se tratando da concessão de tutela que assegure a proteção ao mínimo existencial do indivíduo, fica afastado o argumento da reserva do possível. Como exemplo deste posicionamento, observam-se o julgado proferido no Recurso Especial 2010/0048628-4, veja-se:

Recurso Especial 2010/0048628-4 – EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

Neste e diversos outros julgados, é pacífico vislumbrar que o mínimo existencial precisa ser garantido como busca à efetividade da Constituição Federal, que trouxe como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

2.3 Causas e consequências de violações a direitos fundamentais nas penitenciárias brasileiras

Além de afetar profundamente a vida das pessoas que passaram pelo sistema prisional, bem como de suas famílias, as atuais condições geram reflexos também na segurança pública, trazendo prejuízos para toda a coletividade. O ambiente tomado por facções criminosas e a ausência de perspectiva após a saída do sistema prisional faz muitos detentos se envolverem com o crime organizado, passando a cometer outros crimes, mais graves. Ademais, o tratamento desumano vivenciado acabaria por brutalizar mais a pessoa, que responde com mais violência.

A Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho 1984), trata das regras para tratamento dos presos, cumprimento da pena, condições de clausura, do trabalho e da remição do preso. É possível identificar na lei a preocupação do legislador com o caráter humanitário do cumprimento da pena, ao sair da teoria e ser apresentada para a prática, com o fim de cumprir seu fim maior, deveria promover a ressocialização dos apenados. Para que esse desejado fim seja obtido, a priori, se torna imperioso à observância de princípios constitucionais que norteiam esta legislação, o que não acontece na prática do cárcere.

Na legislação internacional, os encarcerados também detêm garantias para sua integridade, como por exemplo as Regras Mínimas para tratamento de reclusos, instituída no I Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes (1955. Genebra – Suíça). Temos ainda a aprovação do Decreto Legislativo número 27 de 1992, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, e de uma resolução da ONU que prevê regras mínimas para o Tratamento dos Presos, que devido ao objeto do trabalho não poderão ser estudadas de forma exaustiva.

No entanto, o Estado não se conhece responsável pela obrigação no que diz respeito ao condenado, simplesmente se exime de cumprir com a lei vigente e dar tratamento adequado ao apenado. Newton Fernandes (2004 p. 140) afirma que é direito dos presos tratamento digno:

Os mais importantes instrumentos internacionais e regionais comprometendo o Brasil claramente afirmaram que os direitos humanos se estendem às pessoas que estão encarceradas. O Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, a Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todos ratificados pelo Brasil proíbem a tortura, tratamentos e punições cruéis, desumanas ou degradantes, sem exceção ou derrogação. Tanto o Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Americana requerem que “a reforma e a readaptação dos condenados é a finalidade essencial do encarceramento”. E também determinam que “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Apesar do entendimento pacífico de que toda legislação abarca um aspecto humanitário ao tratamento dos apenados, é notório que todos os direitos e garantias inerentes ao preso, na prática, são inteiramente violados.

Para que um condenado possa ser restituído à sociedade, ele deve ser exposto a uma execução penal progressiva, que permita que o detento desenvolva atividades no interior do cárcere, atividades estas que devem ser promovidas pelo Estado e, em momento posterior, com a sua liberdade, que tenha certo acompanhamento por parte das autoridades competentes.

Neste panorama, é importante destacar o que fora consignado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2011): “quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação”.

Portanto, observa-se que as premissas estabelecidas na legislação são diariamente esquecidas e a inobservância da lei afeta diversos setores da sociedade. O elevado índice de reincidência tem demonstrado que aumenta rigorosamente o caos do sistema, já que funciona como um ciclo, no qual o indivíduo que cumpre a pena é tratado como um problema social. Ao sair, é alvo de discriminação, não encontrando acolhimento social, sobretudo quando se trata de emprego, e volta a delinquir.

Como consequência, o Brasil tem sido palco de inúmeros episódios em que civis fazem justiça com as próprias mãos, de modo que querem dar uma resposta à própria sociedade. Os abusos aos direitos individuais dos presos têm sido consequência do descaso dos governantes. Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda do Estado, o qual tem o dever de zelar pelos demais direitos do apenado, não atingidos pela sentença. Lamentavelmente, não é essa a realidade.

Assim sendo, é fundamental que sobrevenham modificações extremas no sistema penitenciário, uma vez que os presídios tornaram-se verdadeiras “fabricas de revolta humana”. A atualização da estrutura penitenciária, a descentralização com a construção de novos presídios nos centros urbanos, a amplificação da assistência jurídica, avanços na assistência médica, social e psicológica, a expansão de novos projetos que visem à ocupação e o trabalho do detento, a educação e outras alternativas práticas como separar presos reincidentes dos primários, acompanhar a reintegração social dos reclusos na sociedade, bem como proporcionar garantias de inserção no mercado de trabalho se fazem necessárias.

Ao ser condenado e preso por exigência da sociedade, o delinquente deve ser recuperado, uma vez que essa premissa é uma obrigação de ordem moral, da qual ninguém deve se isentar. Portanto, recuperado e inserido no ceio social, a coletividade ficará devidamente protegida.

Observa-se, portanto, que a situação é decorrente de falhas estruturais, ações e omissões dos três Poderes da República, devido a uma concepção equivocada de que as pessoas que cometeram crimes não seriam sujeitos de direitos. Por ser um tema que a população no geral prefere evitar, o Poder Público não é pressionado a trazer mudanças efetivas.

3. DA OMISSÃO ESTATAL AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

3.1 O limite de uma inconstitucionalidade e a configuração do ECI na Jurisdição brasileira

Para parcela significativa da doutrina tradicional, as omissões inconstitucionais possuem enfoque apenas sobre a omissão legislativa, ou em relação à omissão administrativa. Nesse contexto, apenas deve ser reconhecida se não cumprir um dever de legislar, como ocorreu com o direito de greve dos servidores públicos (artigo 37, inciso VII); no caso do gozo do aviso prévio proporcional ao tempo de trabalho (artigo 7º, inciso XXI).

No Direito Comparado, o autor espanhol Francisco Fernandes (2008, p. 611) conceitua quatro pressupostos para a omissão legislativa: o primeiro se refere ao descumprimento de uma obrigação de legislar “não basta, pois, a inação; é preciso que a passividade do legislador gere a violação de um dever constitucional de legislar”; o segundo é o “transcurso de um período de tempo razoável”; o terceiro pressuposto é o “efeito objetivo de violação da constituição”; por fim, o quarto pressuposto corresponde às circunstâncias de a inércia provocar a inconstitucionalidade por omissão, independente de estar envolvida determinada vontade do legislador, conforme dispõe: “em definitivo, acreditamos por inteiro irrelevante, aos efeitos do instituto que nos ocupa, a intencionalidade do legislador”.

De acordo com Canotilho (2001, pp. 1003-1004) “existe omissão legislativa constitucional quando o legislador deixar de fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”, são comandos normativos ditos pelo autor como ordens concretas de legislar.

No direito pátrio, o estudo da omissão legislativa, segundo José Afonso da Silva (2000, p. 88) dar-se-á sobre o enfoque das normas constitucionais de eficácia plena e aplicação imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, porém sujeitas a restrições legislativas futuras; normas de eficácia limitada. Observa-se que a doutrina tradicional espelha seus argumentos inspirada em Canotilho, o faz de forma a restringir o alcance da omissão inconstitucional estatal.

Em outro viés, Carlos Alexandre de Azevedo (2016, p. 44) assevera que não é errado afirmar que essas normas podem gerar a omissão. No entanto, referido pensamento desconhece que a falta de atuação das normas constitucionais possa ser decorrente da falha de estrutura entre órgãos e instituições estatais. Nesse sentido, para o autor, há lei e existem atuações administrativas voltadas a aplica-las. Porém, há um quadro de deficiência de políticas públicas, de distanciamento entre norma legal e concretização prática, de modo que a realização torna-se incompleta com relação ao previsto constitucionalmente.

Campos (2016, p. 32) defende uma visão no qual se verifica a omissão não pelo descumprimento legislativo, mas pela inércia dos poderes legislativo e executivo em não cumprir a constituição:

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

Assim sendo, este autor (2016, p. 65) propõe uma ampliação ao alcance da omissão inconstitucional, no sentido de ir além das abordagens formalistas, focadas apenas em critérios textuais, semântico estrutural, tecendo-se frenética crítica à doutrina tradicional:

A omissão inconstitucional não pode ser identificada, simplesmente, com a eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais. Deve ser relacionada com a efetividade – a realidade com a falta dessa – dos direitos fundamentais. (...) Com efeito, a ausência estatal ou a atuação incompleta em favor dos direitos fundamentais sempre configurarão grave violação a Carta Federal e, afirmo mais uma vez, isso poderá ocorrer independente da eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais envolvidos.

Nesse mesmo contexto, Luís Roberto Barroso (2009, p. 135) assevera que a doutrina tradicional despreza a relevância superior dos direitos fundamentais para as ordens constitucionais contemporâneas e a preocupação com a realidade prática desses direitos.

Portanto, havendo omissão inconstitucional na seara de efetivação dos direitos fundamentais, o Estado não está cumprindo o dever de agir na proteção de bens jurídicos de tal índole. Sendo assim, viola o princípio da proporcionalidade, que ocorrerá não apenas quando houver excesso na ação estatal, mas também quando a proteção ao bem jurídico constitucionalmente previsto ocorrer de forma manifestamente deficiente. Isto porque a proporcionalidade é composta de duplo viés: a proteção positiva (proibição de excesso estatal) e a proteção em face de omissões (proibição da atuação estatal deficiente).

Neste mesmo sentido, entende o Supremo Tribunal Federal que o Estado não pode oferecer proteção deficiente e assim o fazendo está violando o princípio da proporcionalidade:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012).

Por força do princípio da proibição de proteção deficiente, tampouco a Lei ou o Estado podem apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, tal

princípio institui um dever de proteção para o Estado, o qual não pode abrir mão dos mecanismos de tutela para assegurar a proteção de um direito fundamental.

Nesse diapasão, é reconhecido o dever de proteção efetiva por parte do Estado, obstando que um direito seja assegurado aquém de um mínimo necessário, como esclarece Luciano Feldens (2008, pp. 90-91):

Uma vez reconhecido que pesa sobre o Estado o dever de proteção de um direito fundamental, logicamente que a eficácia da proteção constitucionalmente requerida integrará o próprio conteúdo desse dever, pois um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido. Nesse tom, a partir do momento em que compreendemos que a Constituição proíbe que se desça abaixo de certo mínimo de proteção, a proporcionalidade joga, aqui, como proibição de proteção deficiente. Diversamente do que sucede com a proibição de intervenção (excessiva), a função de imperativo de tutela pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção, circunstância que torna sua operacionalização mais difícil em relação àquela. Observe-se: enquanto na proibição de intervenção excessiva a legitimidade da ação estatal é questionada em face de uma medida específica (precisamente aquela que foi adotada), na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais etc.).

Os direitos fundamentais apresentam-se como resultado da personalização e positivação constitucional de valores básicos e, ao mesmo tempo, como marco da proteção de situações jurídicas subjetivas. O Estado deve zelar pela preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais - a Dignidade da Pessoa Humana. Nessa perspectiva, é tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e a realização da justiça social.

É nesse eixo central de nossa dogmática jurídico-constitucional que reside a importância do princípio da proporcionalidade, em suas duas perspectivas: a proibição do excesso e, principalmente, a proibição da proteção deficiente, uma vez que proporciona a garantia dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões. Sendo assim, na medida em que o Estado se omitir em seu dever de proteção dos direitos fundamentais, ou se não o fizer de forma adequada e eficaz, configura-se inegável inconstitucionalidade.

Portanto, a legislação como um todo não pode se converter em promessa constitucional inconsiderada, sob pena de o Poder Público, logrando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegal, o cumprimento de sua urgente obrigação, por uma prática insensata de omissão governamental. Indo além, quando o Estado é omissivo diante de direitos de uma coletividade transgredida constantemente, estar-se-á diante do Estado de Coisas Inconstitucional.

Em suma, o Estado de Coisas Inconstitucional – ECI trata-se do reconhecimento de uma violação sistemática e estrutural a direitos fundamentais que ocorre não em virtude de uma lei ou de um ato normativo, mas, isto sim, em função de uma situação fática que se perpetua em razão de uma persistente omissão estatal no âmbito de seus Poderes. No Brasil, o STF reconheceu, por meio da ADPF 347, o ECI no sistema penitenciário brasileiro.

3.2 Uma análise da ADPF 247

A ADPF 347 é uma ação constitucional, utilizada no controle concentrado de constitucionalidade, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em face da União, junto ao Supremo Tribunal Federal. No bojo desta ação, os Estados-membros também foram inseridos no seu polo passivo.

A Ação Constitucional seria a ferramenta mais apropriada para este fim, de forma que não faltam normas jurídicas garantindo o respeito aos direitos individuais dos presos; no entanto, falta “vontade política” para implementá-las.

Para Rômulo Moreira (2016), o problema é sistêmico e decorrente de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a omissão dos Poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do STF.

Demonstrou-se que homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes e praticados tanto por outros detentos, como por agentes do próprio Estado. Dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (2013) demonstram que o sistema funciona de forma seletiva e afeta diretamente quase que exclusivamente a população menos favorecida.

Na ADPF, evidenciou-se que, no ano de 2008, a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário Nacional instalada no âmbito da Câmara dos Deputados teve relatório conclusivo quanto aos excessos e às arbitrariedades, que são de vasto conhecimento da sociedade e dos agentes públicos, cometidas pelo Estado brasileiro, destacando-se o seguinte:

Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano [...] Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas.

Ainda assim, a União Federal contingencia os recursos do Fundo Penitenciário (FUNPEN), não repassando valores consideráveis aos Estados, o que agrava a situação, por impedir a execução de obras e melhorias nos presídios. Segundo informações do DEPEN (2014), atualmente o saldo contábil do fundo corresponde a cerca de R\$ 2,2 bilhões. Entretanto, no ano de 2013, por exemplo, calcula-se que menos de 20% dos gastos orçamentários autorizados do referido fundo foram efetivamente realizados.

A violação também seria decorrente de ações do Poder Judiciário, como a não aplicação das normas internacionais que preveem a audiência de custódia, que poderiam reduzir a grande quantidade de prisões atualmente. Ademais, criticou-se também a falta de fundamentação das decisões que deixam de aplicar medidas cautelares alternativas, bem como a não consideração das condições degradantes das prisões na aplicação e execução das penas, o que torna as penas efetivamente cumpridas mais graves do que as previstas em lei, em ofensa ao princípio da proporcionalidade. Além disso, é apontado o elevado número de presos provisórios.

A petição inicial da ADPF 347 também argumenta que falta vontade política para tornar efetivos os direitos assegurados aos presos por meio dos inúmeros instrumentos normativos, com a existência de falhas estruturais em políticas públicas. O problema seria sistêmico, decorrente de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

Embora a formulação e implementação de políticas públicas não seja papel do Poder Judiciário, quando estas, por excesso ou deficiência, resultarem em graves lesões a direitos básicos de grupos vulneráveis, mostra-se necessária uma intervenção da jurisdição constitucional, figurando-se como legítimo exercício do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal. Assim, a Corte Constitucional poderia estabelecer aos Poderes do Estado a adoção de medidas para a superação do problema, com o posterior monitoramento do efetivo cumprimento das medidas propostas.

3.2.1 Fundamentos da decisão cautelar na ADPF

No STF, a análise da ADPF apresentada pelo PSOL ficou sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello. E na decisão cautelar, no dia 27 de agosto de 2015, foram deferidos parcialmente os pedidos da ação.

Pontuando-se a situação do sistema penitenciário brasileiro a partir do déficit de vagas nos presídios, superior a 206 mil; falta de condições salubres mínimas, falta de acesso a

trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo; ausência de critério de divisão de presos por celas; número insuficiente de agentes penitenciários, verificou o ministro relator que tal realidade não é exclusiva de determinado presídio em especial.

Ademais, salientou que o Estado ocupa posição de garantidor em relação aos presos. Ao privar alguém de liberdade, o Estado assumiria a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes. A relação especial de sujeição entre o Estado e o detento importa em restrições a direitos do preso mas, em contrapartida, torna o Poder Público garante dos direitos fundamentais que não foram limitados

Todos os desníveis observados caracterizam um círculo vicioso que nega a finalidade ressocializadora da pena e aumenta a criminalidade e a insegurança social. Assim, tem-se como produto reincidências ainda mais violentas, as quais são fomentadas pelo próprio sistema prisional.

Neste diapasão, o relator dispôs que a atual responsabilidade do Poder Público não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três: Legislativo, Executivo e Judiciário – e não só aos Poderes da União, como também os dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação.

Afirmou, ainda, ser papel do Supremo, diante desse quadro, retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional”, concluiu. Entendeu que é possível o papel do Supremo quanto à necessidade de exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Há a possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes.

Contudo, houve divergências no julgamento da medida cautelar em Plenário e posicionamentos controversos dos membros da Corte. O Ministro Edson Fachin seguiu em parte a cautelar para determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolva a aplicação de pena privativa.

Outrossim, conheceu em parte a cautelar para acolher a determinação do descontingenciamento das verbas existentes no FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento desta decisão, fixando o prazo de até 60 (sessenta) dias a contar da publicação da decisão.

Já o Ministro Roberto Barroso entendeu que o prazo para a realização das audiências de custódia deve ser regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, concedendo a cautelar e, de ofício, estendeu a condução dos mutirões carcerários aos Tribunais de Justiça Estaduais.

Ademais, determinou ao Governo Federal que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de 01 (um) ano, diagnóstico da situação do sistema penitenciário e propostas de solução dos problemas, em harmonia com os Estados membros da Federação.

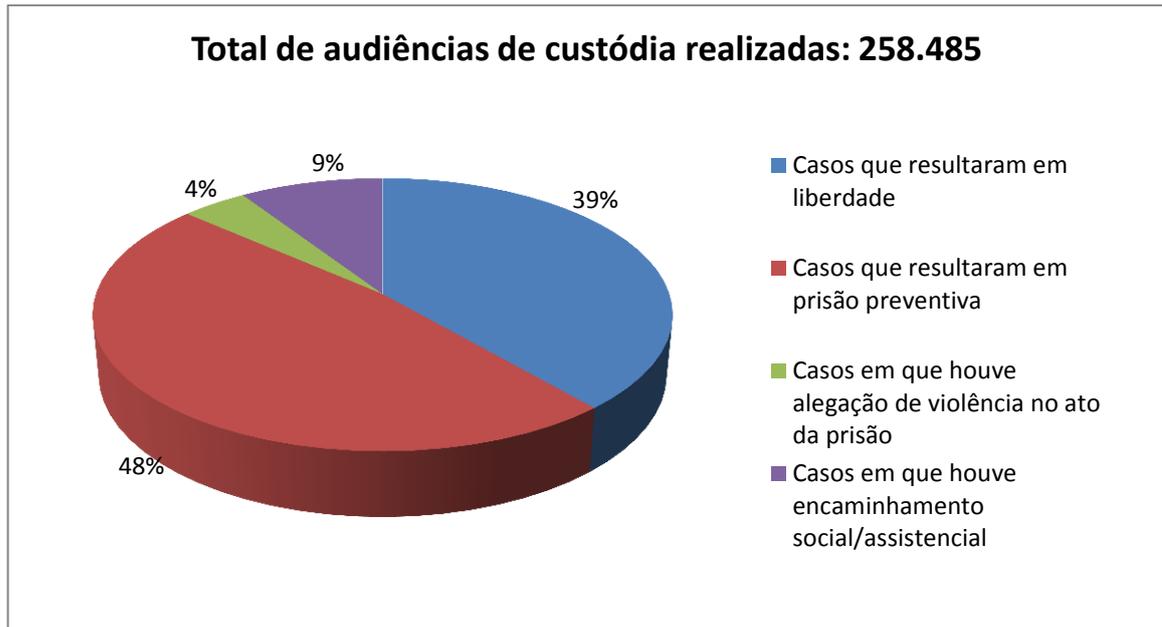
Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki concedeu em parte a cautelar determinando que o prazo para a realização das audiências de custódia seja regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em 9 de setembro de 2015, o Pleno do STF, apreciando-se os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar para determinar aos juízes e tribunais, a realização, em até noventa dias de audiências de custódia, possibilitando-se o comparecimento do preso ante a autoridade judiciária no limite máximo de até 24 horas, computados do momento da prisão. Além deste aspecto, deferiu a cautelar para obrigar a União a liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, devendo ser utilizado com a finalidade para a qual foi criado, contendo-se de efetivar novos contingenciamentos.

Foram expedidas notificações aos Estados membros da República Federativa do Brasil para que tomem as medidas pertinentes para aplicar as diretrizes estabelecidas em sede de medida cautelar na ADPF 347 e prestem as informações demandadas.

Após a implementação do ECI, apenas as audiências de custódia mostraram dados estatísticos. Em dois anos, segundo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, do Total no Brasil até junho de 2017, 39 % dos presos levados à presença do juiz em até 24 horas tiveram sua liberdade concedida.

Gráfico 01: Número de audiências de custódia realizadas no país até junho de 2017.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Dados estatísticos – audiência de custódia. Elaboração da autora.

Hugo Leonardo (2016), vice-presidente do IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa afirma que do ponto de vista institucional, a audiência tem sido um sucesso. “Houve a perfeita implantação, apesar de lacunas a serem resolvidas”. Mas é inegável que vários aspectos da decisão precisam ser materialmente considerados.

3.2.2 Principais objeções enfrentadas pelo ECI

Diversas críticas foram formuladas durante e após o julgamento do ECI. A vice-procuradora-geral da República, Ela Wiecko, presente na sessão do STF, declarou que as medidas cautelares pleiteadas são muito “abrangentes e generalizadas”. Além da excessiva abstração dos pedidos, há outros problemas apresentados, a exemplo da legitimidade do STF para impor ao Executivo a obrigação de elaborar planos, assumindo também, como Poder, a atribuição de homologar e monitorar tais planos.

Há aqui uma proposta de ativismo judicial intenso, que parece violar a separação de poderes, além do fato de não possuir o STF a mínima estrutura para assumir tais funções, desconfigurando-se sua função típica de Tribunal Constitucional. Outro grande erro do ECI no Brasil reside no fato de ela ter sido veiculada por meio de uma ação de controle abstrato, e não por meio de casos concretos, em ações coletivas (como ocorrido na Colômbia, por meio das chamadas ações de tutela, perante juízos de primeira instância). Logo, o STF acabou por

reformatar a ADPF, focando nos pontos concretos (audiências de custódia e descontingenciamento do FUNPEN).

Outra crítica está no reconhecimento de inconstitucionalidade sobre situações fáticas, e não sobre normas jurídicas. Para autores como Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria, Celso Campilongo, Lênio Luiz Streck (2016) e João Lordelo (2017), o ECI não encontra amparo na Teoria do controle de constitucionalidade nem na própria Constituição Federal. Por melhores que sejam as intenções, o reconhecimento de inconstitucionalidade sobre situações de fato pode enfraquecer a teoria constitucional ao invés de fortalecê-las, sobretudo em razão da pouca efetividade das medidas já deferidas pelo STF.

Capilongo (2015) entende que o ECI é uma forma de judicialização da Administração Pública, de tal modo que qualquer direito negado por falta de política pública seria motivo para se adentrar com um ECI, assim sendo, afirma que:

O ECI é mais uma faceta do fenômeno da judicialização da administração pública. Desde que o Supremo reconheceu o ECI como conceito jurídico, dele se valendo para afirmar que “é lícito aos juízes intervir quando a atuação ou omissão das autoridades coloca em risco direitos dos jurisdicionados”, a decisão tem sido vista como uma contribuição latino-americana para o Direito Constitucional. Mas até que ponto a Justiça pode atender às expectativas de quem vê seus direitos negados por falta de políticas públicas?

Por fim, há uma possível potencialidade de congestionamento da Justiça brasileira, se todos os que tiverem os seus direitos violados acudirem individualmente ao Poder Judiciário, tendo em vista a via das ações coletivas em primeiro grau. Ademais, a partir de tal adoção, podem ser esperadas posturas mais ativistas da Corte Constitucional na promoção de políticas públicas, bem como o agigantamento do Poder Judiciário, que ameaça violar as competências dos Poderes Executivo e Legislativo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI no Sistema Penitenciário Brasileiro expõe as diversas ações e omissões de todos os Poderes estatais, que causam violações a direitos fundamentais da população privada de liberdade no sistema carcerário. Como solução, inova, de certa forma, ao determinar, primordialmente, ser imperioso um diálogo institucional, com a participação dos diversos órgãos envolvidos, como também da sociedade civil, a fim de estabelecer, sob consenso, uma possível alternativa para o grave problema prisional.

Traz uma tutela estrutural que busca, no Estado de Coisas Inconstitucional, auxiliar por meio de fiscalização, audiências públicas e incentivos, para que o problema social, institucional e político possa ser sanado e tais direitos impetuosamente violados por omissão dos Poderes Públicos possam ser respeitados e concretizados.

Com o ECI pode-se visualizar um aumento do alcance de controle de constitucionalidade - possibilidade do exame de fatos constitucionais e não apenas do controle das normas legais; vislumbra-se uma formação de um diálogo institucional entre todos os Poderes estatais. Neste panorama, tem como objetivo alcançar o fim da omissão com a concretização constitucional e a promoção e proteção dos direitos violados. Há também ganho democrático, pois se alcança, com a macro sentença, um envolvimento maior dos atores institucionais.

O caminho da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional é inegavelmente relevante no nosso país; no entanto, ainda está a depender de aperfeiçoamentos, sendo incerto o seu grau de abrangência no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma questão que envolve um atrito no diálogo institucional entre os Poderes. Inicialmente, é difícil mensurar os resultados do instituto, uma vez que a eficácia da decisão nos autos da ADPF 347 deve ser processada com o tempo e de forma institucionalmente dialogada.

Em outro viés, é necessário ter ciência que o ECI tende a tirar os Poderes estatais de sua inércia, ora arraigada na Administração Pública como um todo. No entanto, é sabido que o Supremo Tribunal Federal deve tomar cuidado ao se utilizar desta ferramenta em suas decisões. É necessário garantir o máximo de fundamentação jurídica e de diálogo institucional para garantir a sua implementação; do contrário, suas decisões toarão de mera recomendação aos órgãos dos demais Poderes que, na prática, não serão cumpridas.

Portanto, sendo inquestionável que a falência do sistema carcerário é uma das situações de ECI, deve o Poder Judiciário ser mais proativo para garantir a integridade física dos encarcerados. Neste contexto, entende-se que o STF pode exercer um controle de requisitos para o plano de mudanças, bem como o monitoramento de sua prática, sendo autêntico tal monitoramento a partir da indispensável participação dos demais Poderes e cidadãos envolvidos.

Em que pese a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional possa ser vista como um ativismo judicial camuflado, não perde a validade como caminho viável a ser percorrido para a efetivação de direitos dos apenados, de modo que acaba por funcionar até mesmo como uma orientação e ajuda de organização ao próprio Estado na elaboração e escolha das políticas públicas que melhor atendam às necessidades da população carcerária.

É fundamental que sobrevenham modificações extremas no sistema penitenciário, uma vez que os presídios tornaram-se verdadeiras “fabricas de revolta humana”. A atualização da estrutura penitenciária, a descentralização com a construção de novas cadeias pelas cidades, a amplificação da assistência jurídica, avanços na assistência médica, social e psicológica, a expansão de novos projetos que visem à ocupação e o trabalho do detento, a educação, a separação de presos reincidentes dos primários, o acompanhamento da reintegração social dos reclusos na sociedade, bem como proporcionar garantias de inserção no mercado de trabalho, dentre outras providências, são absolutamente necessárias.

Porém, é reconhecido que não se pretende a importação pura e simples da teoria ora apresentada, mas sua aplicação a partir da averiguação dos casos existentes nos presídios brasileiros, de modo que o ECI seja adaptado de acordo com as medidas pertinentes às peculiaridades do Brasil, tanto no que se refere aos encarcerados e suas condições desumanas quanto ao Poder Público.

Portanto, em uma via de mão dupla, refletindo-se na possibilidade de êxito dessas políticas públicas e de ganho institucional a partir dos diálogos entre os Poderes, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional deve ser manejada e acolhida, com cautela, por todos os âmbitos da administração estatal.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF. Âmbito Jurídico.** 2017. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16813>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** São Paulo: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo n. 254,** 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Os constitucionalistas.** 2017. Contramajoritário, representativo e iluminista: O supremo seus papeis e seus críticos. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Jus, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **STF exerce papéis contramajoritário e representativo**. Consulto Jurídico. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramajoritario-representativo-afirma-barroso>. Acesso em 30 de abril de 2017.

BARROSO, Luís Roberto **Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos**. Os Constitucionalistas. 2017 Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/tag/papel-contramajoritario..> Acesso em: 14 mai. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário - **CPI do sistema Carcerário. CPI sistema carcerário**. – Câmara dos Deputados. Brasília: Edições Câmara, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário - **CPI do sistema Carcerário. CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

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

BRASIL. Lei n.9882, de 3 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 3 de dez de 1999.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 - DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Informativo STF, n.798, 7 a 11 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347. Decisão Medida Cautela p. 23-24. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – POL**. Intimado: União e Outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de agosto de 2015.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o número 9390532. Acesso em 23 de janeiro de 2017

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25^a. Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?** Conjur. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário**, 2009. p. 172. (doc. 6). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CARVALHO, Gustavo Ferreira de, OLIVEIRA, Fábio de Souza e SANTOS, Júlio Edstron S. **Estado de Coisas Inconstitucional: é possível sua efetivação no Brasil?** Revista Acadêmica Conecta FASF 2(1): 307-332, 2017. 2017.

CARVALHO, G. A. A. **Aplicabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional à ordem jurídica brasileira: entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a separação dos poderes**. (Trabalho de Conclusão de Curso), Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, MG, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 14^a. Ed. rev., atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

Comissão Interamericana de Direitos Humanos: **Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. 2011.

CUNHA, Sanches Rogério. **Direito Penal**. Vol. Único. Salvador: Juspodivm, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados estatísticos – audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de>>

custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 06 nov. 2017.

COLOMBIA. Suprema Corte Constitucional. *Sentencia T-153*. DJ: 28/04/1998. *Corte Constitucional*, 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 17/10/2017.

DEPEN. **Dados relativos a julho de 2013**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seusdireitos/politicapenal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/totalbrasil-junho-2013.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas Inconstitucional. Estadão, 2016. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 20 out. 2017.

FAGUNDES, R. A. M. C. **O Sistema prisional frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional**: Uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e o direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDEZ SAGADO, Francisco. **La Justicia Constitucional**: uma Visión de Derecho Comparado Tomo I. Madrid: Dykinson, 2008.

FILHO TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 34^a**. Ed. Revista de Acordo com a Lei n. 12.403/2011. Saraiva. 2012.

GOURSAND, R. A. **O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a dignidade da pessoa privada de liberdade**. (Trabalho de Conclusão de Curso), Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, BH, 2016.

GRAJZER, Daniel Meir. **Medida provisória contrária STF e deturpa melhoria da situação carcerária**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-05/daniel-grajzer-mp-contraria-supremo-deturpa-melhoria-situacao-carceraria>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**, vol. I. 13ª edição. Saraiva, 2011.

INFOPEN – **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen Mulheres. Junho de 2014.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Ações Constitucionais**. 4ª. Ed. ver. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

JÚNIOR, Denarcy Souza e Silva. **Notas sobre o Estado de Coisas Inconstitucional**. Empório do Direito. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/tag/estado-de-coisas-inconstitucional/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>> Acesso em: 05 abr. 2017.

LORDELO, João. **Notas sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais**. Disponível em: <<https://www.joaolordelo.com/single-post/2017/04/24/Notas-sobre-a-teoria-do-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 20 out. 2017.

MADALENA, Luís Henrique Braga Madalena. **O ECI e a barbárie constitucional**. Empório do Direito. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-eci-e-a-barbarie-constitucional-por-luis-henrique-braga-madalena/>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Abuso das prisões cautelares e manutenção da desigualdade social**. Conjur, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-12/academia-policial-abuso-prisoas-cautelares-manutencao-desigualdade-social>>. Acesso em: 18 set. 2017.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.** Jus, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42953/uma-vitoria-pirrica>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 12^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Isaías. **Audiência de custódia analisa a legalidade de 200 mil prisões feitas nos últimos dois anos.** Justificando, 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/03/audiencia-de-custodia-analisa-legalidade-de-200-mil-prisoos-feitas-nos-ultimos-dois-anos/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

NETO, Manoel Valente Figueiredo. **A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301%3E>. Acesso em: 16 set. 2017.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro.** Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472>> Acesso em: 25 nov. 2016.

REIS, L. C. **As Ações Coletivas e os limites democráticos à judicialização das políticas públicas sociais no Brasil.** Tese (Dissertação de mestrado). Belo Horizonte, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O MÍNIMO EXISTENCIAL. THE RIGHT TO BASIC CONDITIONS OF LIFE.** Revista de Direito da Cidade. Vol. 8, nº 4. Publicada em outubro de 2016.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, C. P. (Org.). **Direitos Sociais.** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes, **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Leonardo. **Estado de Coisas Inconstitucional e um novo papel para o Supremo Tribunal Federal.** Conteúdo Jurídico, 2015. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=46446_Leonardo_Sarmento&ver=2276>. Acesso em: 05 mai. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA Francislene Lucia Martins. **Direito ao mínimo existencial**. Pós em revista. 2012. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/pos/824/>. Acesso em 07/08/17.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 104410 – Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012.

Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1185474 SC 2010/0048628-4. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ: 20/04/2010. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18/12/2017.

STRECK, Lenio Luis. Artigo Publicado em 2015. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Conjur, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 30 abr. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34ª ed. revista e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVORA, Nestor. **Curso de direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. Ampl e atual. Salvador: Juspodvim, 2013.

VAZ, Anderson Rosa. A Cláusula da Reserva do Financeiramente Possível como Instrumento de Efetivação Planejada dos Direitos Humanos, Econômicos, Sociais Culturais. **R. de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.