

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Fábio S. Santos¹

fabiosantodireito@gmail.com

Saulo J. Casali Bahia²

saulocasalibahia@uol.com.br

Resumo: O estado de coisas inconstitucional surgiu na corte colombiana e em 2015 e foi trazido conceitualmente para o Brasil através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, como uma forma de aplacar a situação carcerária. O presente artigo analisa a possibilidade do reconhecimento da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro, diante da desmedida omissão do Poder Público na concretização dos direitos humanos fundamentais. Busca-se examinar os pressupostos do instituto, esclarecer sobre a única aplicação da tese pelo Supremo Tribunal Federal e estudar os argumentos conflitantes sobre o tema. Metodologicamente, houve o levantamento bibliográfico, com análise de jurisprudência e doutrina.

Palavras-chave:

Direitos Humanos; Garantias Fundamentais; Estado de Coisas Inconstitucional; Sistema Carcerário Brasileiro

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisador do Centro de Pesquisas em Proteção Internacional de Minorias da USP. Mestre e Doutorando pela Universidade Salvador (UNIFACS). Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Membro do Grupo de Pesquisa em Cidadania e do Núcleo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Controle de Constitucionalidade (UFBA), e Educação e Desenvolvimento (UNIFACS). Professor de Direito (UNIFACS, UNIMAM). Professor Substituto de Ciência Política e Direito Constitucional (UFBA).

² Doutor em Direito (PUC/SP, 1999). Professor Associado (UFBA). Juiz Federal (SJBA, 1993-). Conselheiro (Conselho Nacional de Justiça, 2013-2015). Juiz do TRE/BA (2012/2014). Procurador da República (PR/BA, 1993). Juiz Estadual (TJBA, 1990-1993). Professor Visitante (University of Florida, Gainesville-FL, EUA, 2005, 2007, 2009, 2011 e 2012 - Université François Rabelais, Tours, França, 2012). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania (PPGD/UFBA, 2002-). Membro da Academia Baiana de Letras Jurídicas (2009-). Membro da World Academy of Art & Science (2006-). Membro da Academia Baiana de Direito Constitucional (2002-). Consultor CAPES (2004-). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA (2001-2004). Áreas de interesse: Direito Internacional e Direito Constitucional.

Abstract: The unconstitutional state of affairs emerged in the Colombian court in 2015 and was conceptually brought to Brazil through the Arguition of Noncompliance with Fundamental Precept 347, as a way of appealing the prison situation. This article analyzes the possibility of recognizing this theory in the Brazilian legal system, given the excessive omission of the Public Power regarding the realization of fundamental human rights. The aim is to examine the institute's assumptions, clarify the only application of the thesis by the Supreme Federal Court and study the conflicting arguments on the subject.

Keywords:

Human Rights; Fundamental Warranties; Unconstitutional State of Affairs; Brazilian Prisional System

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. DOS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

4. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

5. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E O DIREITO COMPARADO

5.1. O Estado de Coisas Inconstitucional e sua relação com o ativismo judicial

5.2. O Caso Brasileiro: Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

1. INTRODUÇÃO

Observa-se, na contemporaneidade, a ocorrência de graves violações a direitos fundamentais, e um grande exemplo disso é a realidade da população carcerária brasileira. O sistema prisional brasileiro se encontra em uma situação de relativo abandono por parte do Estado, um sistema considerado por muitos estudiosos como ineficaz na plena ressocialização dos detentos.

A Constituição Federal de 1988, em diversos artigos, reconhece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consolidando-a como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. E em decorrência do quadro de violação desta dignidade no âmbito prisional em maio de 2015 foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, trazendo para o Brasil a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Tal tese, desenvolvida e aplicada pela primeira vez pela Corte Colombiana em meados de 1997, possui como finalidade a criação de soluções e medidas estruturais que modifiquem as graves inconstitucionalidades que atingem variados direitos fundamentais de populações vulneráveis, decorrentes da omissão e da falta de coordenação das autoridades direta ou indiretamente responsáveis.

Por meio do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), o Judiciário exige que todos os órgãos que tenham de alguma maneira o dever de evitar a ocorrência das excessivas violações e adotem medidas para solucionar o problema. No dia 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares formuladas na ADPF 347, declarou expressamente o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. A decisão gerou divergentes opiniões entre os juristas brasileiros.

Assim, a ideia de “Estado de Coisas Inconstitucional” pode ser essencial para minorar o vácuo deixado pela ausência de atuação da Administração Pública ou eventuais falhas nas escolhas administrativas.

A pesquisa buscou explorar o ECI, com informações referentes ao ativismo judicial, à omissão sistêmica e à violação massiva e contínua de direitos. O problema

será abordado de modo a fazer um levantamento doutrinário e normativo acerca do ativismo judicial e sua relação com o Estado de Coisas Inconstitucional.

É necessário discutir este tema, pois existe um grave problema nas condições que a população carcerária brasileira enfrenta no momento, e devem ser buscadas soluções urgentes para amenizar este atual quadro, a fim de que as chances da ressocialização do preso sejam maiores, assim contribuindo para o bem estar social.

Não se pode admitir a passividade da Corte Constitucional diante das ofensas à Constituição e aos direitos nela estabelecidos, justificando-se, nesses casos, o seu comportamento ativista.

Assim, será abordado neste ensaio, em sua essência, a possibilidade de declaração do estado de coisas inconstitucional na efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais, de modo a conceber uma solução harmonizada e estratégica, envolvendo todos os três poderes da República na eficaz desconstrução de grave quadro de violações de direito fundamental.

2. DOS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A real efetivação dos direitos e garantias fundamentais é peça necessária para que aconteça a proteção dos indivíduos, e incumbe aos governantes o papel de garantir, de forma homogênea, através de seus preceitos legais, a proteção desses direitos fundamentais. Essa questão por si só traz várias inquietudes quanto à plenitude e concretização desses direitos, pela distância das promessas trazidas pela carta constitucional e a realidade vivida em todos os cantos do país, e que comprovam a necessidade da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

A efetivação do desenvolvimento social e humano representa a oportunidade de todos os cidadãos estarem em igual patamar quanto às necessidades básicas de sobrevivência. É a partir daí que as diferenças raciais, sociais e étnicas são postas de lado e toda a sociedade se nivela em um mesmo caminho que levará a uma melhor qualidade de vida. Todos estes anseios se relacionam a uma mudança de valores da sociedade, que aspira vivenciar outra realidade e que está aprisionada tanto pela burocracia estatal quanto pela política governamental. É fato notório que a realidade de muitos não reflete o que é tido como “sagrado” na constituição.

Nesse sentido, a eficácia deficiente dos direitos sociais é confirmada pela situação de miséria em que vive grande parcela da população brasileira. O que se observa no cenário social é que uma considerável fatia da população vive em péssimas condições de vida, não tendo acesso à educação, saúde, trabalho, segurança, moradia e, muitas vezes nem mesmo à alimentação. Essa população, desprovida de direitos, tende a ocupar sempre a margem da sociedade, como se vê nitidamente nos grandes centros urbanos do país, e vivem aflitos por garantias, desacreditando do Estado.

Trata-se do clamor pelas liberdades positivas, quais sejam, os direitos sociais (Moraes, 2009, p. 195). Assim, é de falar em imprescindibilidade “à condição humana” (Araújo & Nunes Junior, 2012, p. 50).

A conquista da real efetivação dos direitos sociais está relacionada a diversos movimentos históricos na busca de uma realidade condizente à dignidade humana.

Vale relembrar que todo o rol de direitos e garantias fundamentais está elencado e resguardado pela Constituição da República Federativa do Brasil e tem como objetivo primordial garantir que todas as pessoas tenham, em conformidade com os demais, e de forma igualitária, a garantia e acessibilidade aos seus direitos. Indiscutivelmente, os direitos fundamentais são conquistas históricas, que surgiram em fases e em lugares diversos, e se modificaram com o passar dos anos.

De acordo com o artigo, 5º, §1º, da Constituição Federal brasileira, presume-se que sejam de aplicabilidade imediata a normas dos direitos e garantias fundamentais, e não só estes que estão elencados no dispositivo citado, mas sim todos os direitos fundamentais presentes em toda a extensão do arcabouço jurídico.

No entanto, a hermenêutica deste mesmo dispositivo levanta divergências, no que se refere à aplicabilidade dos direitos fundamentais, tendo como alguns posicionamentos a possibilidade para aplicabilidade imediata, como cita o ministro do Supremo Tribunal Federal, Mendes, Branco (2014, p.164): “O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático”.

Neste sentido, Mendes & Branco (2014, p.149) também afirmam que:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

É fato que os direitos fundamentais vão sendo alterados conforme o desenvolvimento da sociedade, e ao longo do tempo foram passando por diversos estágios de evolução até estarem positivados na Constituição.

A conquista da legitimidade internacional adquirida pelos direitos humanos nas últimas décadas não se constituiu de repente. É fruto de longo processo histórico, marcado inclusive de intensas lutas e embates que deram resultado a conquistas e vitórias sem as quais todo o repertório que compõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos não existiria. O processo de internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno recente na história. Seu surgimento remonta após o final da segunda guerra mundial, em 1948, e está inteiramente ligado ao enaltecimento e retomada do valor da pessoa humana como tema fundamental. Os direitos humanos nascem da concepção de que os seres humanos possuem direitos que são inerentes à sua natureza, resultando na construção axiológica (de estudo de valores) e jurídico-positivo (normas emanadas pelo Estado com poder coercivo), tendo como finalidade reconhecer com o status de sujeito e dotado de dignidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, publicada pela Organização das Nações Unidas (ONU) (1948), representa um marco histórico fundamental no reconhecimento internacional dos direitos humanos que fez publicar em seu documento as várias gerações do direito (civis, políticos, econômicos e sociais, e direitos culturais).

Nesse sentido os professores Accioly, Silva e Casella (2009. p.137) dizem que:

A Declaração Universal de 1948, bem como os instrumentos subsequentes adotados, no contexto da ONU inscrevem-se no movimento de busca de recuperação da dignidade humana,

após os horrores cometidos pelo nazi fascismo, mas sobretudo se dá a uma mudança no enfoque, quanto a ser o estabelecimento de sistema de proteção dos direitos fundamentais intrinsecamente internacional.

Contudo, a Declaração Universal foi recebida pela comunidade internacional com uma certa desconfiança no que se refere a sua obrigatoriedade. Em relação a este assunto, Bonavides (2008 p.564) explica que o Estado será o garantidor dos direitos fundamentais:

Os direitos sociais fizeram nascer à consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, também é necessário proteger a instituição, buscando uma realidade social mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade. Isso caracteriza o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculados a valores sociais que demandam realização concreta, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para a concretização de tais direitos.

No entanto, apesar de estar explícito na Constituição Federal, torna-se imperiosa a mobilização do Estado para que haja a fiscalização e cumprimento do que nela está consagrado, fazendo-se com que a obrigatoriedade da aplicação imediata das normas sedimentadas no texto possa encontrar a ação do ente político em efetivá-las. O controle de constitucionalidade é uma das formas de garantir que a interpretação do texto esteja em consonância com as necessidades da sociedade.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O controle de constitucionalidade é admitido nas modalidades concentrado e difuso. Também pode ser principal e incidental. Este primeiro tem como função a declaração de inconstitucionalidade de um texto normativo que não está em consonância com a constituição e o incidental é invocado no trâmite de um processo cujo pedido principal é distinto da inconstitucionalidade de uma lei, ou seja, a questão

constitucional não integra o pedido da ação. Nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade não transita em julgado e não terá efeito “*erga omnes*” e sim “*inter partes*”, a princípio. O controle de constitucionalidade também é classificado quanto ao tempo, podendo ser prévio (feito antes da conversão de qualquer projeto em lei) ou então repressivo (feito posteriormente à promulgação e vigência da lei tida como inconstitucional).

Como o tema tratado neste trabalho refere-se à tese de Estado de Coisas Inconstitucional, o foco será direcionado ao controle de constitucionalidade concentrado, onde o objetivo da ação é o reconhecimento da inconstitucionalidade ou constitucionalidade, e a sua apreciação é feita unicamente pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição estabeleceu as cinco espécies de controle concentrado de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A tese de Estado de Coisas Inconstitucional foi arguida por meio da ADPF, que tem o objetivo reparar lesão a preceito fundamental proveniente do Poder Público. A petição inicial será proposta conforme o artigo 3º da lei 9.882/99, que expõe os documentos obrigatórios: a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido, com suas especificações; se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado

Mas no que consistiria um preceito fundamental? Como não há definição constitucional ou legal, a doutrina traz algumas diretrizes que ajudam a solucionar o caso.

No campo dos princípios constitucionais aplicados ao Direito Penal, destaca-se os princípios da Legalidade, Reserva Legal, Anterioridade, Taxatividade, Irretroatividade, Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa, Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana. No texto constitucional tais princípios não servem apenas como base orientadora, mas procuram trazer coerência e harmonia ao texto

normativo. De acordo com Bonavides (2008), os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, verdadeiros pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal (Prado, 2010). Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais.

Identificar os princípios constitucionais que se aplicam ao direito penal é indispensável para compreender como ocorre a violação dos direitos e garantias fundamentais no sistema carcerário. Para o desenvolvimento justo e sensato da sociedade, é fundamental que em um estado democrático de direito todos estes princípios estejam sempre em constante proteção e aplicação. O intuito não é de defender ou julgar condutas delituosas, nem condenar o indivíduo que as comete, tarefa cabe ao magistrado. O objetivo aqui estudado é o de demonstrar que a única forma de recuperar e modificar a situação do sistema carcerário e das pessoas que lá se encontram não é entregando-as a própria sorte em lugares onde não há meios que promovam a ressocialização, mas sim promovendo uma mudança em toda a estrutura. Isso ocorre com a declaração de estado de coisas inconstitucional.

4. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O primeiro problema que se apresenta na atual situação dos presídios é a superlotação. De acordo com informações divulgadas pelo Ministério da Justiça:

O sistema prisional brasileiro é o quarto do mundo em número de pessoas, após Estados Unidos da América (2.228.424), China (1.657.812) e Rússia (673.818). De acordo com a última contagem da população, recenseada e estimada pelo IBGE em 2016, até a edição do presente Plano, a população brasileira é de aproximadamente 205.720.000 habitantes. Segundo o Infopen de 2014, a população carcerária brasileira era de 607.731 presos, sendo que 358 integravam o sistema penitenciário federal. (BRASIL, 2017, p.24)

[...] Conquanto o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapasse a marca das seiscentos mil pessoas, só existem 376.669 vagas no sistema penitenciário. A taxa de encarceramento nacional é 300 presos para cada cem mil habitantes no país. A quantidade de encarcerados é consideravelmente superior às quase 376 mil vagas do sistema penitenciário, alcançando um déficit superior a 230.000 vagas. A taxa de ocupação média dos estabelecimentos é de 161%, a quinta maior entre os países que se apresentam com contingente prisional elevado. Em média, em espaços concebidos para acomodar 10 pessoas, existem por volta de 16 encarcerados²⁰. Consequência dos índices de ocupação das vagas existentes é que mais de dois terços das unidades prisionais têm ocupação maior que 100% (BRASIL, 2017, p.25).

Além da superlotação, e em parte decorrente desta, destaca-se a violação massiva e generalizada aos direitos humanos e garantias fundamentais da população carcerária. A partir dessa violação, uma quantidade elevada de presídios brasileiros se encontra em situação degradante, com ambientes que não possuem condições básicas, falta alimentação adequada a qualquer ser humano, água potável, assistência à saúde etc. Celas em estados deploráveis ajudam à proliferação de doenças. E ainda há a preocupação com a segurança, pois existem constantes relatos de homicídios, tortura e violência sexual.

Em visitas realizadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito em diversos presídios de todo o Brasil, foi emitido relatório acerca das condições das unidades prisionais:

[...]A grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável. [...] (BRASIL, 2009, p.196)

[...] a CPI verificou que a maioria dos estabelecimentos penais não oferece aos presos condições mínimas para que vivam adequadamente. Ou seja, condições indispensáveis ao processo de preparação do retorno do interno ao convívio social. A CPI constatou, no ambiente carcerário, uma realidade cruel, desumana, animalésca, ilegal, em que presos são tratados como lixo humano. A CPI observou, em muitos estabelecimentos penais, tensão, medo, repressão, torturas e violência – ambiente que, em certa medida, atinge e se estende aos parentes, em especial, quando das visitas nas unidades prisionais. [...] (BRASIL, 2009, p.192)

Destaca-se ainda o tratamento que é destinado as mulheres dentro dos estabelecimentos prisionais, que é semelhante ao dado aos homens, sem nenhuma preocupação com as necessidades femininas especiais. As mulheres grávidas que lá se encontram muitas vezes não recebem assistência médica ou lhes é permitida a realização de exames prenatal, onde, após o nascimento, as crianças permanecem em ambientes insalubres e depois distribuídas aos parentes ou instituições inadequadas.

A alimentação é completamente inadequada, como é mostrado no relatório da CPI:

[...] Em quase todas as unidades prisionais, os presos reclamaram da qualidade da comida. Denúncias de cabelos, baratas e objetos estranhos misturados na comida foram constantes. Comida azeda, estragada ou podre também foi denunciada [...] (BRASIL, 2009, p.200).

[...] No Rio de Janeiro, o custo da alimentação por preso é de R\$ 10,00 (dez reais). No entanto, o Governo do Estado oferece à população carente alimentação de melhor qualidade e variedade por apenas R\$ 1,00 (um real), contradição que só se explica mediante a ação de esquemas de corrupção. [...] (BRASIL, 2009, p.201).

Em relação à dignidade da pessoa humana e as condições atuais do sistema prisional, a CPI ainda completa com o seguinte entendimento:

[...] A CPI tem consciência de que muitos dos que estão encarcerados praticaram crimes violentos, enlutaram famílias, destruíram lares, fizeram órfãos, subtraíram patrimônios. A CPI também constatou que a imensa maioria dos que estão privados de liberdade cometeu pequenos delitos e pode ser recuperada. Independentemente dos delitos que cometeram, os presos perderam apenas a liberdade e não a alma, a dignidade e a vida [...] (BRASIL, 2009, p.193).

É possível assim identificar que a condição atual do sistema prisional brasileiro é mais do que deplorável, sendo em muitos casos comparada a “infernos dantescos”, expressão utilizada pelo relator da ADPF 347, em Brasil (2015) para ilustrar o quadro miserável de violação dos direitos humanos que ocorre nos presídios. Identificar esta falha estrutural proveniente da omissão do poder público é o primeiro passo para que seja viável a busca por meios que venham amenizar e controlar a crise carcerária atual.

5. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E O DIREITO COMPARADO

Foi na *Sentencia de Unificación (SU) – 559*, de 1997, quando em primeira oportunidade a Corte Constitucional Colombiana (CCC) declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Mas muito antes disso já haviam demandas envolvendo falhas estruturais que violaram direitos fundamentais em outros países.

Em 1954, nos Estados Unidos, com o julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* foi decidido sobre a segregação racial no sistema de ensino no sul dos Estados Unidos, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, liderada pelo jurista Warren³, votou por unanimidade (9 votos – 0) declarando como inconstitucional as

³ **Earl Warren** (19 de Março de 1891– 9 de Julho de 1974) foi governador da Califórnia entre 1943 e 1953 e Chefe de Justiça dos Estados Unidos de 5 de Outubro de 1953 a 23 de Junho de 1969. Durante o seu exercício do cargo no Supremo Tribunal, recebeu muitas queixas sobre inconstitucionalidades, como sobre leis de segregação racial, direitos civis, separação das igrejas e do estado, direitos de defesa e enquadramento penal.

divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas pelo país (Dantas, 2016).

Referente ao julgamento e suas consequências, Weaver⁴ (2004, apud Dantas, 2016, p.157) reflete que:

[...] Como consequência dessa mudança, o professor Russel L. Weaver destaca que as Cortes Federais impuseram diversas ordens estruturais em um significativo número de demandas questionando a desagregação racial nas escolas, o que culminou com uma verdadeira reforma de todo o sistema de ensino nos Estados Unidos. Além dos casos da segregação racial nas escolas, ações e decisões desse tipo foram utilizadas em casos relativos às péssimas condições das prisões norte-americanas, descritas como "um lugar escuro e sombrio completamente dissociado do mundo livre". Também foram aplicadas em processos envolvendo a reforma de estabelecimentos de saúde e instituições psiquiátricas que possuíam estruturas e procedimentos que violavam o direito à saúde dos pacientes e internos [...]

No Canadá (1982), ações semelhantes, envolvendo, principalmente, o direito à educação bilíngue estabelecido pelo art. 23 da Carta de Direitos de 1982⁵, foram julgados a partir de 1996, haja vista a reiterada omissão estatal na implementação desse direito.

Pode-se citar ainda, nos EUA, o caso Estados Unidos Brown versus Plata⁶, na África do Sul, o caso South África versus Grootboom⁷, na Argentina o caso Verbitsky⁸,

⁴ Russell L. Weaver. Professor de Direito e Universitário Distinguido da Universidade Faculdade de Direito Louis D. Brandeis na Universidade de Louisville. Louisville, KY. D

⁵ Cidadãos do Canadá os quais a primeira língua aprendida e compreendida é o inglês ou francês, constituindo parte da minoria linguística da população de uma província em que eles residem ou os quais receberam instrução no ensino primário no Canadá em inglês ou francês, constituindo parte da minoria linguística da população de uma província em que eles residem tem o direito de ter suas crianças educadas no ensino primário e secundário nessa língua dentro da província.

⁶ Em 2011, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brown v. Plata*³², em que manteve decisão proferida por corte da Califórnia, que determinara a soltura de 46 mil prisioneiros de menor periculosidade, em razão da crônica superlotação dos presídios daquele Estado. A partir de casos relativos ao acesso à saúde de presidiários e ao tratamento dado a detentos com deficiência física, a justiça

e na Corte Europeia de Direitos Humanos o caso *Torregiani versus Itália*⁹. Mas a Sentencia de Unificación prolatada pela Corte Constitucional Colombiana ocorreu quando 45 professores das cidades de Zambrano e Maria La Baja tiveram seus direitos previdenciários retirados, direitos estes que eram de garantidos à classe dos docentes pelas autoridades locais. Desta forma, a corte colombiana, após investigações, chegou à conclusão de que houve omissões estruturais e problemas generalizados que lesavam direitos e garantias fundamentais. Assim, com esta sentença foi reconhecido pela primeira vez o estado de coisas inconstitucional. Após este caso, a corte colombiana julgou o problema referente ao sistema carcerário, que além de ser uma completa desordem, permitia uma violação massiva de direitos daquela população, através da

californiana detectara o grave quadro de superlotação das prisões californianas – a Califórnia tinha cerca de 156.000 presos, com capacidade para apenas aproximadamente 80.000. Os juízes californianos determinaram, com base nessa constatação, que as autoridades do Estado formassem um plano para a redução da superlotação, para no máximo 137,5% da capacidade das prisões do estado. Como os planos não foram suficientes, houve a determinação judicial de soltura de presos, com base na 8ª Emenda à Constituição norte-americana, que veda as penas “cruéis e não usuais” (*cruel and unusual punishments*). Tal decisão foi mantida pela Suprema Corte, que entendeu ter havido uma ponderação adequada entre os direitos dos presos e o interesse estatal na proteção da segurança pública.” (BRASIL, 2015, p. 13).

⁷ A jurisdição constitucional sul-africana tem também se imiscuído no campo da formulação de políticas públicas em casos envolvendo graves violações de direitos humanos. Um exemplo desta prática ocorreu no julgamento do famoso caso *Grootboom*³³, realizado em 2000. Na hipótese, tratava-se de centenas de pessoas miseráveis, que estavam vivendo em barracas improvisadas de plástico depois de terem sido despejadas da área particular que antes ocupavam, e que reivindicavam do Estado a garantia imediata de abrigos adequados. A Corte Constitucional entendeu que não seria possível assegurar individualmente, a cada um, o acesso à moradia. Porém, o Tribunal não se furtou de realizar o controle das políticas públicas habitacionais promovidas pelo Estado, e chegou à conclusão de que as então existentes falhavam gravemente, por não incluírem medidas emergenciais, focadas nas pessoas em situação de carência desesperadora (*desperate need*). Diante disso, determinou que a política estatal sobre moradia fosse reformulada pelo governo, de forma a contemplar medidas de alívio imediato para pessoas miseráveis, sem, no entanto, precisar quais providências deveriam ser adotadas. (BRASIL, 2015, p. 13).

⁸ Na Argentina, também houve a adoção de técnica similar, em caso atinente aos direitos fundamentais dos presos. No conhecido “caso *Verbitsky*”, um *habeas corpus* coletivo foi impetrado a favor de todas as pessoas privadas de liberdade na província de Buenos Aires que estavam detidas em estabelecimentos policiais superlotados. No julgamento, a Corte Suprema do país, depois de reconhecer a inconstitucionalidade de tal situação, impôs diversas medidas imediatas, mas também a elaboração de um plano pela província de Buenos Aires, em diálogo com a sociedade civil, que deveria contemplar mudanças nas políticas criminais e prisionais, de modo a ajustar a situação dos detentos às regras mínimas sobre tratamentos de presos estabelecidas pela ONU. (BRASIL, 2015, p.14).

⁹ A Corte Europeia de Direitos Humanos também se vale de técnica interessante. Ao identificar reiteradas denúncias similares de violação de direitos humanos por um Estado europeu, busca, através das “decisões piloto” (*arrêt pilot*), apontar problemas sistêmicos e indicar aos Estados soluções genéricas, que podem envolver a reformulação de políticas públicas, indicando prazos para a sua implementação. Esta técnica foi usada para enfrentamento da questão da superpopulação carcerária na Itália, no caso *Torregiani e outros v. Itália*³⁶, julgado em 2013. Diante da superlotação dos presídios italianos, que atingia à época o índice nacional de 151%, a Corte concedeu o prazo de um ano para que as autoridades responsáveis implementassem um ou mais remédios visando à correção do problema. A Itália adotou diversas medidas nesta linha, com bastante sucesso, tais como a ampliação das penas alternativas e das hipóteses de prisão domiciliar, e a criação de mecanismo para a redução da pena daqueles que a viessem cumprindo em condições degradantes. (BRASIL, 2015, p.14).

sentencia de Tutela 153 de 1998, onde também foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional. Houve ainda o caso de deslocamento forçado de pessoas dentro do próprio território colombiano, com risco à vida e integridade física por parte dos terroristas das Farcs¹⁰ e outros conflitos armados, reconhecendo-se assim o ECI através da *Sentencia de Tutela 025/2004* (COLÔMBIA, 2017).

O ECI caracteriza-se, fundamentalmente, através da constatação de três pressupostos:

- a) uma contínua, grave e generalizada violação de direitos e garantias fundamentais, que atinge um amplo grupo de pessoas;
- b) uma violação derivada da omissão de diferentes órgãos estatais, ao deixar de cumprir suas obrigações de defesa e promoção dos direitos e garantias fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- c) uma necessidade de adoção de remédios constitucionais e ordens direcionadas não apenas a um órgão, mas sim a vários órgãos estatais. Para que ocorra uma melhora significativa ou até chegar à solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas que possuem defeitos, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.

No Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional surgiu através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 09 de setembro de 2015.

Ao analisar tais pressupostos e observar a situação de do sistema carcerário brasileiro, fica evidente que o controle de constitucionalidade não deve ser limitado apenas para atos normativos, mas deve também enfrentar as ações e omissões do Poder Público.

¹⁰ **Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – Exército do Povo** (em espanhol: *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo*).

5.1. O Estado de Coisas Inconstitucional e sua relação com o ativismo judicial

A demanda da sociedade contemporânea frente ao exercício de seus direitos tem estreitado a linha tênue entre justiça e política, abrindo precedentes para a intervenção do Poder Judiciário na esfera que deveria ser atendida pelos Poderes Executivo e Legislativo, que representam a princípio majoritário e democrático. Essa atuação ativa por parte do judiciário em relação aos demais poderes é denominado ativismo judicial.

Para que se possa fazer uma relação entre o estado de coisas inconstitucional e o ativismo judicial, é necessário entendê-lo. Barroso (2009, p.5) pontua que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Há divergências na doutrina a respeito de ativismo judicial. Há críticas, e umas das mais relevantes é de que haveria violação à separação dos poderes, tendo em vista as intervenções profundas nas funções destinadas ao Executivo e ao Legislativo por parte do Poder Judiciário. Para Streck (2015b, p.1) “o Estado de Coisas Inconstitucional é um ativismo camuflado, sendo o nome da tese tão abrangente que é difícil combatê-la”. Segundo o jurista, a questão colombiana não seria aplicável no Brasil.

Há o temor de uma banalização da aplicação do ECI. Neste sentido escreveu Streck (2015, p.1):

[...] Tenho receio dessa coisa chamada ECI - Estado de Coisas Inconstitucional, que é fluída, genérica e líquida. Por ela, tudo pode virar inconstitucionalidade. Das doações em campanha ao sistema prisional (ADPF 347). Mas pergunto: o salário mínimo não faz parte desse Estado de Coisas Inconstitucional? Os juros bancários - os do cartão de crédito bateram nos 400% - não são, igualmente, uma “coisa inconstitucional”? Peço perdão pela ironia, mas, diante do tamanho da crise, receio que alguém entre com uma ação para declarar a inconstitucionalidade...do Brasil.[...]

Streck (2015) critica o ECI por representar uma ameaça à democracia, uma vez que as questões de direito e política se confundiram. De acordo com o jurista em uma democracia quem faz escolhas, é o Executivo o poder eleito para realizar políticas públicas, e portanto não seria papel do judiciário escolhê-las.

Mas há também manifestações a favor da adoção do instituto, onde a prática do ativismo judicial é vista como uma necessidade institucional. Para Campos (2014, p.314) o ECI “é um ativismo estrutural, visando superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional.”.

Campos (2015, p.1), em seu artigo a respeito do assunto, explana sobre o ECI como uma espécie de ativismo judicial estrutural, com impactos para a sociedade:

[...] O ECI é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. O ativismo judicial estrutural revela-se, assim, o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar. [...]

[...] Além de superar bloqueios políticos e institucionais, a intervenção judicial estrutural pode ter o efeito de aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do ECI. Pode provocar reações e mobilizações sociais em torno da

implementação das medidas necessárias, mudar a opinião pública sobre a gravidade das violações de direitos e, com isso, influenciar positivamente o comportamento dos atores políticos. Em vez de substituir o debate popular, o ativismo judicial estrutural servirá a ampliar os canais de mobilização social. No mais, adotadas ordens flexíveis e sob monitoramento, mantêm-se a participação e as margens decisórias dos diferentes atores políticos e sociais sobre como superar os problemas estruturais. Ao atuar assim, em vez de supremacia judicial, as cortes fomentam o diálogo entre as instituições e a sociedade, promovendo ganhos de efetividade prática e democráticos das decisões. [...] (CAMPOS, 2015, p.1)

Por fim é possível compreender aqui a relação direta entre a tese do estado de coisas inconstitucional e o ativismo judicial. Corrente mais conservadora ressalta a possível invasão e transgressão de limites por parte do Poder Judiciário no sentido de interferir na independência e harmonia dos poderes estatais. Fato é que as inconstitucionalidades que brotam da sociedade pela omissão do estado não podem simplesmente se tornar banais aos olhos da população e dos políticos, e por isso o ativismo judicial cumpre o seu papel imprescindível.

5.2. O Caso Brasileiro: Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 foi proposta em maio de 2015 pelo partido Socialismo e Liberdade (PSOL), onde se pleiteou que o Supremo Tribunal Federal investigasse de fato as violações a direitos e garantias fundamentais no sistema carcerário e impusesse aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário várias medidas para contenção do problema. A tese é de que haveria um “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro.

Em artigo publicado Teixeira & Andrade (2016, p. 25) explicam a respeito da propositura da ADPF 347:

[...] A petição inicial proposta perante o STF, tem como base a representação formulada pela Clínica de Direitos

Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). A qual contém um parecer de autoria do Professor Juarez Tavares o Titular de Direito Penal da UERJ, instituída com documentos que comprovam o quadro dramático e inconstitucional do sistema carcerário. E tendo como postulante o Professor Daniel Sarmiento, em prol do Estado de Coisas Inconstitucional com a finalidade de garantir os direitos fundamentais aos presos. O respaldo jurídico se fez necessário por intermédio da ADPF 347, para suprir os atos lesivos a preceitos fundamentais as deficiências na gestão do dinheiro público na aplicação de políticas necessárias, afim de garantir o mínimo exigível para uma vida digna àqueles que se encontram em condição de enclausuramento. [...]

O proponente descreve na Inicial os graves problemas apresentados no sistema prisional, narra o contingenciamento dos recursos do FUNPEN, onde a União não repassa valores consideráveis para os estados, valores estes que são destinados para obras, melhorias e manutenção dos presídios, e que por falta desses valores a situação só se agrava. Relata também que a violação parte também do Poder Judiciário, por não aplicar as normas internacionais que estabelecem a obrigatoriedade da audiência de custódia, que poderia vir a reduzir a quantidade de prisões atualmente. O Poder Legislativo também é responsabilizado pelo quadro atual, no tocante as políticas criminais que, numa tentativa de abrandar o sentimento da sociedade em relação à impunidade, agravam a superlotação dos presídios, gerando assim uma falsa segurança para toda a sociedade.

Registrou a Inicial da ADPF 347, *in verbis*:

[...] As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por

outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos [...] (BRASIL, 2015, p.2)

[...] Além da gravíssima e generalizada ofensa aos direitos mais básicos dos presos, as mazelas do sistema carcerário brasileiro comprometem também a segurança da sociedade. Afinal, as condições degradantes em que são cumpridas as penas privativas de liberdade, e a “mistura” entre presos com graus muito diferentes de periculosidade, tornam uma quimera a perspectiva de ressocialização dos detentos [...] (BRASIL, 2015, p.5)

Uma grande preocupação apresentada na ADPF é em relação ao limite de intervenção do judiciário nos demais poderes. No conteúdo da Ação foi mencionado quanto ao risco dessa intervenção, mas foi esclarecido que ela poderia ser minimizada através do uso de técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e cooperação. Assim, é importante que o meio de resolver o problema não venha completamente pronto. É necessário, de acordo com o que foi citado na ação, que o governo possibilite a formulação de um plano para a superação do problema, com prazo certo e recursos assegurados. Os planos, nessa hipótese, devem ser aprovados pelo Judiciário, que depois monitoraria sua implementação.

Os pedidos apresentados na ADPF 347 incluíram foram medidas cautelares, *in verbis*:

(que se)

a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando

assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. [...] (BRASIL, 2015, p.79)

Os pedidos definitivos foram:

a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos

direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.

d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.

e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF

reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a

superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos [...] (BRASIL, 2015, p.72).

Em sede de medida cautelar, o ministro Marco Aurélio votou a favor da intervenção do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à implantação de políticas públicas que visem modificar a situação carcerária do país. Sua argumentação ateu-se em apontar que também é papel fundamental do Supremo o dever de provocar os demais Poderes para que estes saiam da inércia (BRASIL, 2015).

Ainda no relatório, o ministro Marco Aurélio destacou as violações que ocorrem dentro do presídio, e como tal situação colabora para o acontecimento de diversos crimes, como por exemplo, decapitações. E votou pela concessão liminar, com a proibição do Executivo contingenciar as verbas destinadas a investimento no sistema carcerário.

Foi negado pelo relator o pedido de que o Supremo obrigasse o Judiciário a diminuir as condições temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como

por exemplo, a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena. O relator afirmou que essa questão estaria definida na legislação processual penal e de execução penal. A ementa ficou assim redigida:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional ingressou no ordenamento jurídico brasileiro para aplacar ou até para solucionar a situação deplorável, desumana e violada que é a realidade dos apenados. Em muitos presídios brasileiros há uma violação massiva e generalizada de direitos e garantias fundamentais, com visível afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A declaração de do ECI é uma forma de chamar a atenção para o problema mais a fundo, de lembrar o papel de cada poder e suas responsabilidades e exigir a realização do preceito fundamental violado. Lima (2015, p.1) adota linha de ação que segue o seguinte esquema:

(a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas etc. → (b) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional → (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema → (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis → (e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas → (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas → (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário → (h) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI → (i) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito → (j) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa.

Apesar do ECI chegar como uma forma de mudança, de melhoria, como uma oásis em meio ao deserto, sabe-se das dificuldades para a utilização de tal instituto, que exige disposição do Judiciário em intervir e “acordar” os demais Poderes. Com esse pensamento, Lima (2015, p.1) assim se manifesta:

[...] Mesmo decisões bem fundamentadas, convincentes e principiologicamente guiadas podem se tornar uma mera folha de papel sem qualquer poder de mudar o mundo se não houver um compromisso mais amplo para fazer valer o direito. Além disso, mesmo que se reconheça um papel restritivo da função judicial no modelo de superação da ECI, é de que se questionar se o judiciário brasileiro tem estrutura para tanto. E não vai ser apenas criando um instituto com um nome bonitinho que conseguiremos transformar a sociedade. A eliminação por completo das violações sistemáticas de direitos depende de fatores que vão muito além do voluntarismo judicial.

Ao importar um mecanismo pouco estudado ao Brasil, sempre há o risco de inefetividade, tendo em vista as diferenças institucionais. Contudo, é necessário que os três poderes de fato se movimentem na tarefa de realização da Constituição. Para que consiga aplicar o ECI no país, a Corte constitucional deve adaptar-se e organizar-se para que tenha uma postura humilde ao reconhecer seus erros, dialógica com os demais poderes e estes com a sociedade, e rígida nos requisitos do mecanismo, devendo seguir os pressupostos, a excepcionalidade, o monitoramento e a efetividade. Deve haver uma cooperação por partes dos poderes estatais e das instituições, para que exista uma real aplicação do estado de coisas inconstitucional, e que esse instituto não fique apenas no papel.

A situação é real e muito crítica, se nenhuma atitude por parte do estado for tomada, o caos que tomou conta do sistema carcerário só tende a piorar, e isso se reflete na sociedade. Somente com a verdadeira união dos poderes, com o intuito de cooperarem entre si, encontrando medidas que solucionem essa falha estrutural, é que será possível a aplicação do ECI como uma alternativa extremamente viável para o início de uma mudança institucional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. atual. São Paulo: Verbatim, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Debate UFRJ**, v.2, 5, 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf > Acesso em: 23 de out 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

_____. Lei nº 9.882 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. **Diário Oficial [da União]**, Brasília, 1999, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l92.htm > Acesso em: 10 out 2017.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquerito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário** – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmaras, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701> > Acesso em: 22 out 2017

_____. **Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF: 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf> > Acesso em: 22 out 2017

_____. **Relatório da ADPF 347: Petição Inicial, 2015** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 24 out 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. O estado de coisa Inconstitucional. **JOTA**, v.1, n.2, 2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>> Acesso em: 21 out 2017.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades**. 1982. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>> Acesso em 23 out 2017.

COLÔMBIA. **Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – Exército do Povo** (em espanhol: *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo*), 2017

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed., Salvador: editora Juspodivm, 2019.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações Estruturais, Direitos Fundamentais e o Estado de Coisa Inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. v.9, n.2, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/12258/8487>> Acesso em 23 out 2017.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. [S.n]: 1789. Disponível em : <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 21 out 2017.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA, George Marmelstein. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? **Revista Direitos Fundamentais**, v.10, n.2, 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>> Acesso em 23 out 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S.I]: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 10 out 2017

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

STRECK, Lenio Luiz - O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **Consultor Jurídico**, v.13, n.2, 2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>> Acesso em: 27 out 2017

_____. O estado de coisa inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**, v.2, set, 2015a 2015b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>> Acesso em: 23 out 2017.

TEIXEIRA, Maria Cristina; ANDRADE, Bruno Araujo de. O estado de coisa inconstitucional – Uma análise da ADPF 347. **Revista Metodista**, v.13, n.13, 2016 . Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistasmetodista/index.php/RFD/article/view/6767>> Acesso em: 24 out 2017.