



ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 580.252

Sophia Fátima Morquecho Nôga

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada OAB/RN. Integrante do grupo de pesquisa Direitos Fundamentais e a Linguagem no Direito Criminal.

RESUMO

A Constituição Federal brasileira de 1988 encarta um extenso rol de garantias e direitos fundamentais assegurados a todo e qualquer brasileiro. Todavia, através da pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso, constata-se que, com a falta de estrutura dos presídios brasileiros – com celas superlotadas e carência de condições de higiene e vida –, aquelas garantias constitucionais não estão sendo asseguradas à categoria socialmente excluída. Essa reiterada vulneração de direitos e o nexo de causalidade entre a conduta estatal – enquanto garante do apenado que se encontra sob custódia do Estado – e o dano moral provocado ensejam indenização ao detento lesionado. Esse é o ponto fulcral do Recurso Extraordinário nº 580.252. A análise desse julgado sob o prisma do estado de coisas inconstitucional é o objetivo maior desta pesquisa que se justifica tanto pela repercussão geral da matéria, como também pela colaboração científica em um campo pouco explorado.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Violação. Deficiência estrutural. Superlotação. Estado de coisas inconstitucional.

1 INTRODUÇÃO

A superlotação carcerária, presente na maioria considerável das penitenciárias brasileiras, trata-se de um impasse que, até então, resta não solucionado pelo Poder Executivo, nada obstante os problemas se agravarem cada vez mais com o passar do tempo. A manutenção desse estado de abarrotamento nas celas traz, por conseguinte, outras questões não menos importantes – em verdade, tão trágicas e difíceis de serem sanadas quanto. Neste

contexto, pode-se citar a violação a direitos fundamentais dos apenados – notadamente, à dignidade, à intimidade, à higidez física e à integridade psíquica.

Não bastasse isso, as penitenciárias infladas acabam por proporcionar um ambiente favorável para fugas, formação de máfias, violência e rebeliões, tais quais as que aconteceram na Penitenciária de Alcaçuz, em Nísia Floresta, no Rio Grande do Norte, em janeiro de 2017, que resultou na morte de vinte e seis presos, e no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, no Amazonas, que culminou com cinquenta e seis mortos.

Diante disso, constata-se, pois, que o sistema carcerário do país está repleto de violações à Constituição da República, à Lei de Execução Penal e a tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Levando isso em consideração, o propulsor de toda essa problemática, qual seja a superlotação carcerária – um dos objetos de estudo do presente trabalho –, impele o Estado, enquanto garante do mantimento do apenado sob sua custódia em condições dignas de sobrevivência, a ser responsabilizado. Trata-se da responsabilidade civil do Estado diante da sua conduta omissiva em dispor de estrutura carcerária digna.

Ressalte-se, nesse diapasão, que o condenado à prisão tem restringido tão somente seu direito à liberdade e à privacidade, não se incluindo nesse curto rol os demais direitos fundamentais. Sendo assim, a Constituição da República resguarda no seu artigo 37, § 6º, a possibilidade de responsabilização da Administração quando os seus órgãos ou agentes, nessa qualidade, causarem danos a terceiros, seja por ato comissivo ou omissivo, sendo assegurado o direito de regresso em face do responsável, na hipótese de dolo ou culpa.

Vislumbra-se, neste dispositivo, genuína manifestação do Estado Democrático de Direito, superando a concepção tradicional que “O rei não pode fazer mal” (*The king can do no wrong*) e do “Estado sou eu” (*L'état c'est moi*).

Com fundamento no dispositivo constitucional supracitado, a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul ajuizou demanda em face do Estado de Mato Grosso do Sul pedindo a condenação ao pagamento de indenização por dano moral a um detento, condenado a vinte anos de reclusão por crime de latrocínio (artigo 157, § 3º, do Código Penal), em virtude das condições ilegítimas e sub-humanas ao qual estaria submetido em cela superlotada. Com sentença improcedente e acórdão procedente em segunda instância, a questão passou a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 580.252, que teve reconhecida a repercussão geral da matéria.

Em fevereiro do ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que é dever do Estado ressarcir danos, inclusive morais, comprovadamente causados a presos em condições precárias de encarceramento, condenando o Estado a pagar ao autor da ação uma indenização extrapatrimonial na cifra de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por tê-lo submetido à situação degradante em cela superlotada.

Diante desta decisão de repercussão geral, emergem quesitos a serem explorados ao longo do presente trabalho, concretizando o objetivo de analisar as principais causas violadoras dos direitos dos apenados, bem como as proporções dessas vulnerações pelo sistema carcerário brasileiro, sob um viés garantista do Direito Penal. Para chegar a uma conclusão mais acertada, é imprescindível analisar em que consiste a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e a sua aplicação no Recurso Extraordinário nº 580.252, em que se discutem as problemáticas aqui suscitadas.

Para concretizar tal *mister*, foram utilizados como método a pesquisa bibliográfica e descritiva acerca do tema, além de estudo de caso, que culminou com a discussão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de nº 580.252. Sendo assim, é através dessa metodologia que foi estruturado o eixo para a construção teórica, de base científica, relativamente à aplicação no âmbito prático da decisão de mérito com repercussão geral que obriga o Estado a indenizar preso em situação degradante.

2 A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 580.252

O Recurso Extraordinário nº 580.252 versa, como já anteriormente referimos, sobre a ação movida por apenado, através da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, requerendo a condenação do estado do Mato Grosso do Sul a indenização por dano moral. Na presente situação, o demandante foi condenado a vinte anos de reclusão pelo crime de latrocínio (artigo 157, § 3, Código Penal), e ao cumprir sua pena em estabelecimento prisional, no município de Corumbá, se deparou com condições que não cumpriam com os requisitos estruturais mínimos de sobrevivência, violando, frontalmente a sua dignidade humana (BRASIL, 2018).

Tendo sido julgado o pedido improcedente por juiz singular, em primeiro grau, o autor recorreu da sentença, de modo que esta foi reformada, por maioria, condenando o Estado ao pagamento de indenização de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por dano moral ao

demandante. Em sede de apelação, adotou-se a Teoria da Culpa Administrativa, pela qual se admitiu, como requisito para a configuração da responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, a demonstração de conduta culposa ou dolosa do respectivo ente (BRASIL, 2018).

Ocorre que a comprovação desse elemento volitivo por parte do Estado restou evidenciada, ao passo que, mesmo após lapso temporal da formalização de laudo de vigilância sanitária, não houve qualquer ação por parte da Administração Pública que solucionasse o problema da superlotação carcerária e outros decorrentes daquele, em clara violação à Lei de Execução Penal e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Posta, assim, a questão, concluiu-se pela existência de conduta omissiva culposa do Estado, para dar provimento ao recurso (BRASIL, 2006).

Por conseguinte, foram opostos embargos infringentes, tendo-se decidido pelo seu acolhimento, de modo a restaurar a sentença de improcedência. Nesta decisão, considerou-se que a omissão estatal no tocante ao dever prestacional de proporcionar condições dignas de encarceramento ao preso não é, necessariamente, ilícita.

Foi acatado o argumento de que caberia ao Estado prestações positivas (SARLET, 2014) com o intuito de adequar o sistema penitenciário nos moldes exigidos, mas que, para tanto, se submeteria à concordância legislativa e aos limites da disponibilidade de recursos do erário. Quando esses limites prevalecessem, não haveria que se falar em ilicitude da omissão estatal (BRASIL, 2018).

Assim sendo, ponderou-se que o foco da demanda era uma solução para o problema estrutural das penitenciárias (VELASCO, 2019), não sendo conveniente manter a indenização de dois mil reais a título de dano moral ao autor – que, em razão do princípio da equidade, deveria ser concedida a cada preso que se achasse em condição semelhante, gerando um dispêndio voluptuoso do erário –, apesar de ter reconhecido a violação aos direitos fundamentais deste, como o direito à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica (BRASIL, 2018).

No que tange ao Recurso Extraordinário nº 580.252 interposto, ressaltou-se que o Estado descumpriu seu dever legal de fornecer condições mínimas de sobrevivência aos apenados em regime fechado, fazendo prevalecer nas penitenciárias condições desumanas e degradantes.

Este é um problema de dimensão nacional, presente no sistema penitenciário dos 26 (vinte e seis) estados brasileiros e do Distrito Federal. Não haveria outra saída para os sábios julgadores do recurso suscitado que não fosse acatar o argumento da parte autora pelo

reconhecimento da transgressão aos artigos 5º, III, X, XLIX; e 37º, § 6º, da Constituição brasileira; e também ao artigo 5º do Pacto de São José da Costa Rica.

Na discussão deste caso, o Advogado-Geral da União, na posição de *amicus curiae*, alegou que não havia que se falar em omissão administrativa, já que a União tinha firmado diversos convênios com os Estados-federados na busca pela resolução dos problemas do sistema carcerário brasileiro. Neste ínterim, cita que, com esses convênios, foram repassados um valor em torno de 1,9 bilhão de reais do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com o propósito de possibilitar a modernização e aprimoramento das carcerárias do país (BRASIL, 2018).

O argumento do Advogado-Geral da União que mais surpreende é o de que não havia normativa que indicasse a priorização de investimento de verbas para a construção de presídios e que, por conseguinte, não caberia direito ao recorrente ao dano moral, já que as políticas públicas se limitam à disponibilidade da reserva do possível. Ora, não há que se falar em reserva do possível quando estamos diante de direitos fundamentais, mais propriamente, direitos da dignidade da pessoa do preso (MARTINS; DIMOULIS, 2014).

O apenado sob custódia do Estado se encontra de *per si* em condição de vulnerabilidade, os direitos de liberdade dele foram suprimidos quando da execução penal. Submeter o preso a condições degradantes equivaleria a uma dupla punibilidade, e a um possível retrocesso ao modelo inquisitivo, no qual se buscava a vingança estatal (SILVA JÚNIOR, 2015).

A Procuradoria-Geral da República alegou a irresponsabilidade do Estado, no caso em discussão, em razão da ausência denexo de causalidade, requisito essencial tanto para a configuração de responsabilidade objetiva, como da responsabilidade subjetiva. Ainda, sustentou que o dever constitucional de promover o direito à integridade física e psíquica do apenado não engloba a necessidade de que sejam construídos a tempo mais presídios, de modo que a não resolução do problema da superlotação carcerária não implicaria um descumprimento do dever de obediência ao artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição da República.

Por fim, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu pela responsabilidade objetiva do Estado, porquanto demonstrada a existência do ato causador da lesão, bem como do nexo de causalidade com o dano suportado pelo detento em estabelecimento prisional, sob a custódia do Estado. Consignou-se, então, que não havia dúvidas com relação aos fatos e quanto ao dano moral, já que em todos os atos decisórios do processo, no julgamento da sentença de primeiro grau, da apelação e dos embargos

infringentes, foi reconhecido que o sistema prisional de Corumbá, no Mato Grosso do Sul, não provia as condições mínimas de higiene e habitação necessárias, sendo, inclusive, um ambiente propenso à disseminação de doenças (BRASIL, 2018).

Até mesmo o Departamento Penitenciário Nacional, através do Ofício nº 3.679/2004 – DEPEN/GAB, e o próprio Governador do Estado do Mato Grosso, no Decreto “E” nº 41, de 18 de maio de 2006, publicado no Diário Oficial nº 6.731, de 19 de maio de 2006, reconheceram essa situação caótica que se encontrava aquele estabelecimento prisional (BRASIL, 2018).

Dessa forma, é inequívoca a configuração de ato estatal provocador de lesão a qualquer preso que fosse mantido naquela penitenciária de Corumbá, no Mato Grosso do Sul, ou em qualquer outra que se encontrasse em condição semelhante de ilegalidade. Aliado a isso, o mantimento de apenado em tal circunstância violadora de direitos fundamentais presume dano moral, ressaltando o nexo de causalidade entre a conduta omissiva da Administração e o dano suportado pelo administrado, enquanto cerceado de sua liberdade de ir e vir, mas ainda sujeito de direitos (BECCARIA, 1995).

É pertinente a reflexão, nesse contexto, do pensamento sempre expressivo de Walter Nunes, de que o Estado possui um dever-poder de punir aquele que praticou uma atividade ilícita, porém trata-se mais de um dever do que poder, levando-se em consideração os direitos fundamentais na perspectiva objetiva – atinentes ao dever de proteção do Estado – de um lado, e os direitos fundamentais na perspectiva subjetiva – o respeito aos direitos fundamentais do réu no exercício desse dever-poder de punir – de outro (SILVA JÚNIOR, 2015). Em síntese, é inconcebível, na realidade atual, que o Estado, na consecução do seu dever de punir o infrator, justificado no dever de proteção da sociedade, abandone o seu outro dever, não menos importante, de prezar pelos direitos fundamentais daquele que estará sob sua custódia.

Seguindo essa linha intelectual, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o ato omissivo danoso por parte do estado de Mato Grosso do Sul, e de todos aqueles que não concretizam políticas públicas que visem à adequação das penitenciárias nos moldes da legislação brasileira. E, ainda, demonstrou o nexo entre o mantimento de um apenado em tais condições de vulnerabilidade humana com a inércia estatal, culminando, pois, com o dano moral a ser indenizado (BRASIL, 2018).

Para se chegar à conclusão do dever de o demandado ressarcir o dano provocado, foi observado o disposto no artigo 37, §6º, da Constituição da República, que engloba danos materiais e morais. Eis que este dispositivo é autoaplicável (MENDES, 2012) e, como tal,

deve ser aplicado sem qualquer intermediação legislativa ou administrativa, tendo em vista a constatação da lesão à dignidade do preso em cela superlotada, ao passo em que a causa deste ultraje é a atuação da Administração, surgindo dessa obrigação de guarda e proteção, a responsabilidade civil do Estado.

Já é consignado, pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento que a responsabilidade do Estado é objetiva quando se está em questão a integridade física e psíquica dos que estão sob sua custódia (notadamente, da análise do Recurso Extraordinário nº 466.322 e do Recurso Extraordinário nº 272.839). O preso em aposento de estabelecimento prisional é privado do convívio em sociedade e passa a se submeter à custódia do Estado, responsável pela sua segurança, guardada, assim como pela promoção de sua reinserção na sociedade. Fernanda Mathias de Souza Garcia (2011) ressalta que o direito à proteção, à vida, à saúde e ao bem-estar do preso encontra respaldo na própria Constituição Federal, e consiste em um direito público positivo e individual a prestações materiais (CANOTILHO, 2003).

Esse dever de proteção compreende, até mesmo, o dever de proteger o preso contra ele próprio – na hipótese de ato atentatório contra a própria vida (GARCIA, 2011). Levando isso em consideração, quando o Estado falha no seu dever de prover as condições mínimas legalmente previstas, este deve responder pelos danos causados, em virtude da sua negligência.

Posteriormente, cabe ressaltar a escolha da espécie indenizatória. Discutiu-se, diante do contexto econômico em que se encontra o Brasil, nada obstante o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário do país, se seria mais adequado a indenização em dinheiro ou em remição, a título de dano moral (BRASIL, 2018) prevalecendo, por fim, a primeira hipótese.

Da análise das espécies indenizatórias, salienta-se que é normativamente possível que, a depender das peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, esse ressarcimento fuja do tradicional pagamento em pecúnia. É admissível que seja determinado o cumprimento de obrigações de fazer pelo Estado, em razão da responsabilidade civil da Administração.

No RE nº 580.252, aprofundou-se o debate, notadamente, com relação à possibilidade de remição da pena ao invés da reparação em dinheiro, tendo em conta os argumentos suscitados atinentes à reserva do possível a que se submetem os cofres públicos e à natureza coletiva dos danos sofridos, o que ampliaria o dispêndio do erário. O Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2018) sugeriu a redução dos dias de prisão a serem cumpridos, de maneira proporcional ao tempo em que o apenado se encontrasse em situação degradante, esse argumento foi acatado pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello (BRASIL, 2018).

Todavia, prevaleceu o entendimento que deveria ser indenizado o preso em situação desumana em parcela única a ser paga em dinheiro (BRASIL, 2018). Neste caso, a indenização em pecúnia, enquanto tutela repressiva de natureza cível, far-se-á na forma do artigo 100 da Constituição da República, que disciplina a forma de pagamento das Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, de acordo com a ordem cronológica de precatórios.

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

“Estado de coisas inconstitucional” é uma terminologia genérica que admite diversas acepções. *A priori*, remete a um estado de coisas contrário à Constituição (HESSE, 1991). Como teoria originária da Corte Constitucional da Colômbia em 1997, imprescindível se faz notar que, naquele primeiro momento, essa teoria foi proposta como medida para delimitar o alcance da matéria, assim é possível extrair de trecho da Sentença T-153:

Esta Corporação utilizou a figura do estado de coisas inconstitucional para buscar soluções para situações de violação de direitos fundamentais de natureza geral - enquanto afetam uma multidão de pessoas - e cujas causas são de natureza estrutural, ou seja, em regra, não se originam exclusivamente da autoridade demandada e, portanto, sua solução requer a ação conjunta de diferentes entidades. Nestas circunstâncias, o Tribunal considerou que, uma vez que milhares de pessoas estão na mesma situação e que, se todas recorressem à tutela, poderiam congestionar desnecessariamente a administração da justiça [...]. (COLÔMBIA, 1988, p. internet, em tradução livre).

O fim último com essa definição seria a busca por evitar a proliferação de demandas semelhantes e que versassem acerca do mesmo tema, prezando pela celeridade processual e segurança jurídica (AFONSO, 2009).

3.1 A origem da teoria

Insta observar que, como precursora da presente teoria, a Corte Constitucional colombiana a fez constar pela primeira vez na *Sentencia de Unificación nº 559* (Sentença de Unificação nº 559), em ação movida por 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de María la Baja e Zambrano, na Colômbia (LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2011). O objeto em discussão era a violação dos direitos previdenciários desses profissionais, que pediam o cumprimento do Decreto nº 196, de 1995, que determinava a afiliação dos professores ao

Fundo Nacional de Benefício Social do Magistério, consistente em uma entidade de seguridade social que, com fundamento no princípio da solidariedade, é organizada com vistas a financiar benefícios destinados àquela categoria.

Tendo sido inobservada aquela previsão normativa, os autores alegaram que estaria configurado um estado de coisas contrário à Constituição. Considerando que eram poucos os professores filiados ao Fundo Nacional de Benefício Social do Magistério, a Corte constatou a natureza generalizada das irregularidades, que não se cingia aos municípios de Zambrano e María la Baja, alistados, *a priori*, na inicial. Dos 1.061 (um mil e sessenta e um) municípios e quatro distritos existentes na Colômbia, tão somente 126 (cento e vinte e seis) municípios e a capital de Santa Fé de Bogotá tinham formalizado a filiação de seus professores ao fundo (COLÔMBIA, 1997).

Sendo assim, a Corte colombiana exarou decisão procedente para todos que se encontravam em situação semelhante e, do mesmo modo, responsabilizou as autoridades e entidades públicas que contribuíram com essa infração. Tendo em vista essa declaração de reiterada violação aos direitos fundamentais dos docentes, a Corte em questão se limitou a estabelecer mandamentos a serem cumpridos pelo Executivo, no propósito de se ver sanada a questão ora posta.

Um ano mais tarde, a Corte Constitucional da República da Colômbia, por meio da Sentença T-153, em 1998, trouxe a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional para o âmbito carcerário, declarando que o sistema penitenciário da Colômbia vivenciava um estado de coisas contrário à Constituição (LASSALLE, 2006) daquele país.

Essa decisão teve origem em demandas individuais sobre duas penitenciárias específicas. Todavia, ao considerar que a superlotação e que as condições desumanas de encarceramento eram problemas generalizados, a Corte concluiu que a violação massiva de direitos fundamentais era uma constante nos presídios de todo o país (VANEGAS, 2008). Diante disso, para superar esse estado de coisas, determinou-se que fosse adotada uma série de medidas por parte de diversos órgãos do Poder Público, notadamente, a construção de novos presídios.

Há de se notar, contudo, que a decisão na Sentença T-153 não foi a mais acertada, por ser demasiada restrita, já que caberia terem sido consideradas a complexidade orçamentária e a demografia da população carcerária colombiana. Nada obstante a criação de mais de 20.000 (vinte mil) vagas nos presídios, esta demorou a ser concluída, e o contingente de apenados expandiu exponencialmente com o decorrer dos anos, necessitando de mais celas, além daquelas.

Nesse sentido, observa-se que o posicionamento da Corte careceu de uma interação com os demais órgãos públicos. É *mister* salientar, outrossim, que tal fato não afasta a importância daquela decisão (CAPELLETTI, 2001). Foi a partir dela que se lançou um novo olhar quanto ao papel dos tribunais na apreciação da crise prisional.

Dessa maneira, percebe-se que o que não se esboçou à época da decisão, culmina como uma aparência de Judiciário (NEVES, 2011), ineficiente no seu dever de buscar eficácia material aos seus julgados. A ausência de facticidade e de um estudo aprofundado do tema com a participação da sociedade civil – tão preconizado por Häberle, na sua obra “Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997) – somada à colaboração dos demais poderes instituídos, findou no fracasso dessa decisão, marco da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Posteriormente, em 2004, a Corte Colombiana alcançou maior sucesso na efetividade de suas decisões por meio da sentença T-025. Nesta causa, intentou-se resguardar os direitos das vítimas de deslocamento interno, bem como dos indígenas expulsos de suas terras, em decorrência de atos de violência perpetrados contra eles. A ação foi intentada contra diversas autoridades – dentre os quais, a Rede de Solidariedade Social, o Departamento Administrativo da Presidência da República, o Ministério da Fazenda e Crédito Público, o Ministério da Proteção Social, o Ministério da Agricultura e Ministério da Educação – que falharam no dever de oferecer suporte à população deslocada (COLÔMBIA, 2004).

O Tribunal Constitucional colombiano reconheceu uma vulneração aos direitos de acesso à moradia, a um projeto produtivo, à educação, à saúde e à assistência humanitária. Nesta senda, é possível constatar uma evolução na constituição de requisitos para a declaração do estado de coisas inconstitucional, ao passo em que se deu primazia ao diálogo institucional, resultando num esforço conjunto para a mudança da conjuntura do país.

3.2 Gênese da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

Sob o espectro doutrinário, um dos principais nomes que se debruçou ao estudo da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil é Carlos Alexandre Azevedo Campos (2015). Num ambiente em que decisões estruturantes dominam o cenário do atual Judiciário, no qual ainda persiste a luta incessante pela concretização de normas outrora consideradas meramente programáticas, e em que o ativismo judicial é apregoado como sinônimo de eficiência (STRECK, 2018), a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional encontra campo fértil para ser explorada.

Na seara do Direito Penal, mais especificadamente, da Execução Penal, há uma gama de situações possíveis de se constatar a contrariedade aos mandamentos constitucionais. Lançando um olhar para a análise dos precedentes, é imprescindível trazer à lume a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 e o Recurso extraordinário nº 580.252, ora discutido.

A ADPF nº 347 trata-se da primeira demanda envolvendo a mais nova teoria no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Na exordial, protocolada em maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pleiteou a declaração do estado de coisas inconstitucional, tendo em vista as irregularidades do sistema penitenciário brasileiro. A intenção consistia em fazer do Judiciário o ator capaz de concretizar uma obrigação que o Executivo falhou em cumprir, mas que não deixa de ser responsabilidade do Estado, e garantir os direitos fundamentais resguardados pela Constituição da República. Desse modo, pugnou o autor que fosse determinado que a União e os Estados-membros tomassem providências, com vistas a sanar a violação aos direitos dos apenados.

Em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente a liminar solicitada, deferindo os pedidos “b” e “h” e decidindo pela implementação das audiências de custódia pelos juízes e tribunais – em observância aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos –, de modo que fosse viabilizado o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária num prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar a partir do momento da prisão. A Corte também determinou a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para que fosse usado consoante a sua finalidade primeira, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Nada obstante não tenha sido apreciado o mérito da referida ADPF, as sustentações orais a favor e contrárias aos pedidos da inicial, inclusive os próprios ministros, reconheceram que o sistema carcerário brasileiro é caracterizado por um quadro de violação reiterada de direitos fundamentais dos apenados que necessita da tomada de soluções imediatas. Levando isso em consideração, tem-se que essa é a premissa que consubstancia o ponto de partida para que seja declarado o estado de coisas inconstitucional e, por conseguinte, a aplicação de medidas que visem uma tutela estrutural.

Em apreciação mais recente que a ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal suscitou novamente o estado de coisas inconstitucional no Recurso Extraordinário nº 580.252. Nesta oportunidade, a Corte concluiu que estaria configurada, no sistema carcerário do país, uma situação que se enquadrava num estado de coisas inconstitucional, considerando a

vulneração massiva de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e internacionalmente protegidos pelos tratados de direitos humanos adotados pelo país, especificamente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Por fim, restou fixado pela Corte – saliente-se que em sede de repercussão geral – que cada preso que se submetesse a tratamento desumano ou degradante, de modo a ser possível considerar que a inserção em cela superlotada, de *per si*, já configura aquela situação; mereceria ser indenizado no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de danos morais.

Considerando a repercussão geral do tema, que envolve todos os estados brasileiros, sem exceção, que mantém seus custodiados em condições sub-humanas, além dos variados aspectos que envolvem essa decisão, foi dedicado um capítulo próprio para seu estudo.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 580.252

Dada a constatação da inobservância dos deveres do Estado no fornecimento de condições dignas de sobrevivência aos presos sob sua custódia, em frontal violação à Lei de Execução Penal, à Constituição e aos tratados internacionais, é de crucial importância dissecar os principais argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n° 580.252.

Ademais, trata-se de questão imprescindível a ser analisada para entender os motivos que culminaram com a conclusão do Acórdão que concedeu R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a serem pagos monetariamente, em parcela única, a título de indenização por dano moral, ao preso que se encontre em cela superlotada.

Seguindo essa linha intelectual, é imperioso notar que os ministros do Supremo Tribunal Federal, na oportunidade da discussão do Recurso Extraordinário supracitado, convergiram no sentido de que, para que haja o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, seria imprescindível, além da simples declaração, a fixação de medidas. É dizer que o reconhecimento da vulneração de direitos por si não basta, devendo ser acompanhado da imposição de respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados no que tange à população carcerária, bem como de uma provocação ao Poder

Público para que crie medidas que visem erradicar essa constante violação. Nesse viés, percebe-se o emprego da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional como um recurso interpretativo para o Judiciário se imiscuir na tarefa de corrigir a situação inconstitucional.

Nesse sentido, acerca do recurso ora em análise, a Corte Constitucional explorou quais os critérios possíveis de serem eleitos para se considerar uma situação como degradante. O Ministro Luiz Fux, em seu voto, sugeriu ser usado como exemplo de parâmetro um caso já julgado pela Corte, no qual foi reconhecida a condição degradante ensejadora de dano moral.

Tratava-se de um recluso que, desde 08 de dezembro de 2003, era mantido em um espaço mínimo de cela, a qual compartilhava com mais 100 (cem) presos, enquanto a previsão razoável era de somente 12 (doze) presos (BRASIL, 2018). Concluiu Fux que a situação vivenciada pelo autor da ação, narrada na exordial, não é menos imprópria do que aquela, sendo, inclusive, tão merecedora de indenização quanto.

Foi se valendo dessa fundamentação que o STF concedeu R\$ 2.000,00 (dois mil reais) como indenização por danos morais ao preso que se achasse em cela superlotada, sendo este um elemento objetivo, que independente da comprovação de outras violações à dignidade da pessoa humana, já caracterizaria uma lesão ensejadora de reparação.

Oportuno se torna dizer que, não somente esse elemento objetivo contribuiu para a caracterização do estado de coisas inconstitucional, como também com a concessão do pedido pretendido pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Refere-se, pois, à violação à segurança dos presos, à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição da República de 1988) e aos direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º, da Constituição da República de 1988).

Tece explicações o Ministro Luiz Fux acerca dessa atitude mais arrojada e ativista da Jurisdição Constitucional:

Num primeiro momento, poderia parecer que nós estamos aqui invadindo políticas públicas - que nós já assentamos de forma abstrata na ADPF que trata do estado de coisas inconstitucional -, mas, na verdade, não é a primeira, nem a última vez que um Tribunal, da eminência de uma Suprema Corte, vai atuar autorizando a exigibilidade e cumprimento dessas políticas públicas. (BRASIL, 2018, p. internet).

Há de se reconhecer que outros países, citem-se os Estados Unidos, a África do Sul, a Índia, a Colômbia e a Indonésia, tiveram imposições partindo do Judiciário com o intuito de corrigir falhas estruturais da Administração Pública. Seguindo essa tendência, o Brasil tem admitido a possibilidade de o Judiciário adentrar no cumprimento das políticas públicas

(MEDEIROS, 2005). Um exemplo claro desse posicionamento é a enxurrada de demandas na busca pela concessão de medicamento não oferecido pela rede pública de saúde.

É pertinente salientar, ademais, que a complexidade da conjuntura violadora de direitos dos apenados demanda uma solução consubstanciada numa atuação coordenada nas diversas esferas, e não apenas uma recomendação unilateral do Judiciário. Com vistas a assegurar a eficácia de suas decisões (MÜLLER, 2008), é papel da Corte estimular a implementação de um amplo conjunto complexo e planejado de medidas, arquitetado por todos os órgãos envolvidos na problemática do sistema penitenciário e das esferas de poder.

Tendo por consignada essa premissa, quando se está diante da busca pela reparação de uma situação inconstitucional, faz-se necessário um diálogo (SCHINEMANN, 2017) e colaboração com o Executivo, com o intuito que esse posicionamento ativista do Judiciário obtenha sucesso no cumprimento de suas decisões.

Eis que de nada adianta o Supremo Tribunal Federal decidir um rol de políticas públicas a serem implementadas pelo Executivo para solver os problemas suscitados, se o próprio Executivo demonstrar, ao longo do processo, total impossibilidade de comprometimento.

Da análise do emprego da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 580.252, além dos pontos já suscitados, há outro que merece especial ressalva. Este, portanto, se comunica com o próprio conceito do objeto do controle de constitucionalidade, não podendo este se confundir com aquele ora posto em questão.

Enquanto no controle de constitucionalidade, o seu objeto são as normas jurídicas, e não a realidade empírica – a despeito de que a compreensão da realidade dos fatos é fundamental para a aplicação da norma concreta (BARROSO, 2012). Na declaração do estado de coisas inconstitucional, o que se analisa na ação é a congruência da norma instituída com a realidade fática. Disto, deverá constatar não só uma incongruência, mas uma violação reiterada do direito positivado.

Feitas tais considerações, é possível observar que o que o STF pretendeu com a declaração do estado de coisas inconstitucional foi fazer uso de um instrumento interpretativo para tornar efetiva a Constituição no meio social quando o Poder Público se mostrar omissivo. Trata-se de uma das muitas tentativas de efetivação da própria Constituição formal, a exemplo do ativismo judicial, que apesar de refletir a Constituição material, enquanto vontade do povo, não é, de fato, aplicado, por ausência de medidas do próprio Estado instituidor que possibilitem a realização plena por parte dos sujeitos de direito.

5 CONCLUSÃO

Levando tudo isso em consideração, portanto, é possível notar que a atual conjuntura do sistema penitenciário brasileiro – com celas superlotadas, alimentação, higiene e salubridade precárias – dá azo à constatação de que mais que um problema pontual, trata-se de uma falha estrutural, da qual o Estado – notadamente, os chefes do Poder Executivo – são os principais responsáveis. Isso porque, enquanto detentores da função de gerir e alocar recursos, aqueles se abstiveram de incluir como prioridade, e não há outro modo de sê-lo, o Direito Fundamental a vida digna do preso.

A essência da análise perpetrada nesse estudo, no entanto, vai além da explanação dessa transgressão reiterada de direitos fundamentais dos custodiados em celas superlotadas, que é violação de clareza solar. Ao se debruçar sobre os argumentos levantados no Recurso Extraordinário nº 580.252, que traz à lume exatamente esse tema, extrai-se não somente que o apenado submetido à condição degradante merece recompensa – apesar de ser questionável a escolha pela indenização em pecúnia –, mas abre espaço para a discussão da existência de uma teoria nova, que seria a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Que a ausência de fornecimento de estrutura de qualidade nas penitenciárias contraria o disposto na Constituição é certo. Todavia, reduzir tal fato a um neologismo impactante à espera de que o problema esteja resolvido seria demasiado ingênuo. O emprego do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia teve o condão principal de evitar demandas repetitivas, com o fito de garantir a segurança jurídica e a celeridade processual. É forçoso concluir que esse sentido diverge do adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, não faz sentido adotar, no Brasil, aquela pretensão da Corte colombiana, tendo em vista que já se tem instrumento mais adequado para a unificação de uma tese para demandas em massa no país, qual seja o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Sendo assim, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal fez uso do estado de coisas inconstitucional, optando pela acepção como recurso interpretativo para concluir que, no âmbito da execução penal brasileira, em especial, por causa das celas superlotadas, existiria um estado de coisas contrário ao que assegurava a própria Constituição.

Não há como ter essa nova teoria como a solução para este impasse do sistema carcerário a nível nacional. Por tais razões, seria adequado que, acompanhado da declaração

desse estado de coisas inconstitucional, os magistrados operassem de modo que estimule o diálogo institucional, considerando os limites suscitados por cada ente envolvido, bem como os vários caminhos sugeridos para solucionar o problema.

REFERÊNCIAS

AFONSO, João Tércio Silva. **Os princípios da eficiência, celeridade processual e o poder judiciário**. Artigo científico (Especialização em Direito Público)-Processus Faculdade de Direito, Taguatinga, DF, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 11 ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível nº 3179**. Relator: Desembargador Hamilton Carli. Mato Grosso do Sul, 19 de maio de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator. **ADPF n.º 347**. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 2015. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. Brasília. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão julgamento sobre responsabilidade civil do Estado por superpopulação carcerária**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281163&caixaBusca=N>>. Acesso em: 03 maio 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"**? Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 25 abr. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim G.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina Brasil, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da 11 Justiça Constitucional". **Revista da Faculdade de Direito da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 20, p.261-286, out. 2001. Fernando Sá- advogado em Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/71892/4076> >. Acesso em: 14 maio 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-153**, de 28 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Corte Constitucional República de Colômbia. **Direito de Vítimas de Deslocamento Interno nº Sentença T-025/04**. Bogotá, DC. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 21 maio 2018.

GARCIA, Fernanda Mathias de Souza. “O dever de indenização e a superlotação carcerária no Brasil”. In: **Temas Contemporâneos do Direito – Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal**, obra coletiva. Coord. Luiz Guerra. Brasília, DF: Guerra Editora, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. São Paulo: Safe, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**. 3.ed. São Paulo, SP: Editora Minelli, 2006.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. **Revista Mario Alario D'filippo**, Cartagena, v. 3, p.69-80, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais: sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p.339-350, jul. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/883>>. Acesso em: 14 maio 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais a prestações em tempos de crise. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S.l.], v. 15, n. 2, p. 271-286, nov. 2014. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/6286/3485>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. O Estado de Coisas Inconstitucional e o Diálogo Horizontal de Jurisdições na América Latina: Perspectivas a Partir da ADPF 347. **Revista Jurídica Themis**. 2017.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. atual., rev., ampl. OWL: Natal, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

VANEGAS, Farid Samir Benavides. A global zero tolerance? Colombian prisons from a world historical perspective. **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, n. 23, p.173-202, 2008.

Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38161/pdf_214>.

Acesso em: 16 maio 2018.

VELASCO, Clara et al. **Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil**. Disponível em: <[https://g1.globo.com/monitor-da-](https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml)

[violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml](https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml)>. Acesso em: 11 jun. 2019.

UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: ANALYSIS OF EXTRAORDINARY RESOURCE N° 580.252

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 contains an extensive list of guarantees and fundamental rights guaranteed to any Brazilian. However, through bibliographic research, documentary and case study, it appears that, with the lack of structure of Brazilian prisons - with overcrowded cells and lack of hygiene and life conditions - those constitutional guarantees are not being assured to the socially excluded category. This repeated violation of rights and the causal link between state conduct - as a guarantor of the convict in state custody - and the moral damage caused will indemnify the injured detainee. This is the crux of Extraordinary Appeal n° 580.252. The analysis of this judgment from the point of view of the unconstitutional state of affairs is the main objective of this research that is justified both by the general repercussion of the matter, as well as by the scientific collaboration in a little explored field.

Keywords: Human dignity. Violation. Structural deficiency. Overcrowding. Unconstitutional state of affairs.