



ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Aurélia Carla Queiroga da Silva

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Professora de Direito Civil e da Área Propedêutica pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

Rayanny Sillvana Silva do Nascimento

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Membro do Grupo de Pesquisa: “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte”.

RESUMO

Denota-se a essencialidade dos direitos fundamentais, dispostos nos artigos primeiros da Constituição de 1988 pelo Poder constituinte originário. Todavia, a despeito da sua força normativa indiscutível, o juízo hipotético do *dever ser* não corresponde ao *ser* da realidade fática. Assim, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347/DF, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema penitenciário brasileiro. Tal declaração legitima o STF a tomar medidas ativistas no ciclo de políticas públicas, despertando posições antagônicas acerca de sua incidência. Nesse diapasão, a partir do método dedutivo, busca-se analisar a (in)aplicabilidade do ECI em face da República do Brasil, de modo a perquirir a atuação do STF em prol da proteção dos direitos fundamentais. Nesta senda, a intervenção do STF não implicará em efusão das atribuições da Suprema Corte, posto tratar-se de medida excepcional, sendo uma forma de fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. ADPF nº 347/DF. Sistema penitenciário brasileiro. Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) foi promulgada sob a égide da democracia, assegurando, logo nos artigos iniciais, o Estado Democrático de Direito Brasileiro e a separação entre os Poderes. Além disso, é reconhecida mundialmente por estar em consonância com os princípios do constitucionalismo moderno, principalmente em relação aos direitos fundamentais. Ademais, o constituinte de 1988 evidenciou o seu primor pelos direitos fundamentais ao, estrategicamente, inseri-los nos artigos primeiros do texto constitucional (Título II).

É também na Constituição vigente que os direitos fundamentais são significativamente expandidos e reforçados, ostentando atualmente *status* de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV da CRFB/88). Além disso, a grande inovação repousa no art. 5º, §1º da CRFB/88, que determina aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Todavia, mesmo com todo o arcabouço constitucional para promoção dos direitos e garantias fundamentais do Homem, ainda é explícita a sua inefetividade. A despeito da força normativa dos direitos e garantias fundamentais, observa-se que o juízo hipotético do *dever ser* não corresponde ao *ser* da realidade fática. Dessa forma, há evidentes lacunas entre o texto constitucional e os fatos sociais.

No Brasil, não há cenário mais incompatível com os ditames constitucionais do que o sistema penitenciário. A realidade das prisões brasileiras é de superlotação, ausência de assistência à saúde e material, manutenção de prisões de detentos que já cumpriram a pena, violência nas instituições prisionais, dentre outros problemas, os quais comprovam as condições degradantes do sistema, configurando uma verdadeira afronta aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Diante dessa situação, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) requerendo que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro e a determinação de diversas providências em busca de eliminar lesões aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Denota-se que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma constatação fática de um quadro de violação de direitos fundamentais generalizada em razão da omissão de diferentes Poderes, o qual se baseia em uma tese desenvolvida na Corte Constitucional colombiana prolatada pela primeira vez na *Sentencia de Unificación* (SU) 559 de 1997. Em virtude da

gravidade da situação, a Corte Constitucional colombiana entendeu ser legítima para formular políticas públicas típicas do Poder Legislativo e, também, coordenar medidas concretas do Poder Executivo (COLOMBIA, 1997).

Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal, em decisão inédita, ao julgar o pedido do PSOL na ADPF nº 347/DF, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema penitenciário brasileiro com fundamento nas violações generalizadas e sistemáticas de direitos fundamentais da população carcerária, onde as penas privativas de liberdade tornaram-se penas cruéis e desumanas. Tal declaração legitima o STF a interferir no ciclo de políticas públicas quando há falhas estruturais do Estado (Poder Executivo) ou de impedimentos políticos (Poder Legislativo).

A partir dessa decisão surgiram correntes doutrinárias antagônicas acerca do tema. Neste sentido, este artigo busca analisar, através do método dedutivo, a (in)aplicabilidade da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em face da República do Brasil, de modo a perquirir a atuação do STF em busca da proteção dos direitos fundamentais, cuja violação compromete sua própria eficácia *in concreto*. Para tanto, a pesquisa empreende as suas bases teóricas no estudo da doutrina, exame de artigos científicos, revisão da experiência estrangeira, com auxílio do método comparativo e, bem como, da consulta à legislação e à jurisprudência em vigor no arcabouço jurídico nacional.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um instituto criado pela Corte Constitucional colombiana para ser aplicado, em linhas gerais, quando constatado quadro de violações graves, duradouras e generalizadas de direitos fundamentais decorrentes da sistêmica inércia estatal. Nessa linha, o jurista colombiano César Rodríguez Garavito enfatiza a importância no contexto mundial do instituto: “tem sido um dos aportes fundamentais do constitucionalismo colombiano à jurisprudência e à discussão internacional sobre a proteção dos direitos humanos” (GARAVITO, 2009. p. 436). Sob esse prisma, o ECI é uma técnica de decisão voltada à tutela de direitos fundamentais que permite ao Judiciário catalisar ações no processo de formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas.

2.1 Lineamentos históricos: surgimento

O termo “Estado de Coisas Inconstitucional” surgiu pela primeira vez na *Sentencia de Unificación* (SU) nº 559, de 6/11/1997, prolatada pela Corte Constitucional da Colômbia. Na ocasião, cerca de quarenta e cinco professores ajuizaram a demanda, após terem seus direitos previdenciários negados. Ao julgar o caso, a Corte Constitucional colombiana constatou que a negação era generalizada e resultava na violação massiva de direitos fundamentais inerentes à classe de docentes em virtude de uma política educacional falha, a qual era responsabilidade de diversos entes do poder público. Com efeito, a Corte colombiana determinou na SU nº 559/1997 que as autoridades públicas envolvidas deveriam, em prazo razoável, desenvolver soluções estruturais em busca da superação do quadro de inconstitucionalidades (COLOMBIA, 1997).

Dessa forma, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional visa proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, para reversão do quadro de inconstitucionalidade, a Corte Constitucional colombiana entendeu que são necessárias medidas extremas, exigindo a atuação conjunta dos entes envolvidos. Entretanto, não é em qualquer quadro caótico que poderá ser reconhecido o ECI. Assim, é necessário, também, inércia continuada dos entes públicos envolvidos, dentre outros pressupostos que serão abordados no tópico seguinte.

2.2 Conceito e pressupostos do ECI

É oportuno elucidar que os pressupostos do ECI foram construídos ao longo das decisões da Corte Constitucional colombiana. Desse modo, a SU nº 559/97 proferida no caso dos docentes é a mais emblemática por ser a primeira a usar o termo estado de coisas inconstitucional (COLOMBIA, 1997), porém, é na SU sobre deslocamento forçado nº T-025/2004 que a Corte elencou os “*factores valorados*” para identificar um estado de coisas inconstitucional (COLOMBIA, 2004).

Dessa forma, a Corte delineou seis pressupostos para constatar um estado de coisas inconstitucional, são eles: 1) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; 2) o descumprimento prolongado das autoridades em relação às suas obrigações de garantia de direitos; 3) a adoção de práticas inconstitucionais; 4) a não edição de medidas legislativas, administrativas ou

orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos, 5) a existência de um problema social cuja solução requer a intervenção de várias entidades, a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, além da necessidade de recursos orçamentários; 6) maior congestionamento judicial, se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizassem ações para obter a proteção de seus direitos.

Nesse sentido, é de extrema importância a sistematização dos pressupostos autorizadores do reconhecimento do ECI, uma vez que neste momento a Corte utiliza remédios processuais que não estão previstos no controle de constitucionalidade tradicional, para legitimar o Juiz constitucional a decidir pela transformação de uma realidade contrária aos ditames constitucionais. Dessa maneira, partindo dos pressupostos do instituto, o autor Carlos Campos define ECI como:

A técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 187).

Deste modo, para que seja declarado o estado de coisas inconstitucional é indispensável a constatação de violação de direitos fundamentais de forma massiva. Isto é, diz respeito a solucionar uma violação que atinge um número expressivo de indivíduos, e não apenas a um caso isolado. Outro aspecto importante é que as violações ocorram de forma generalizadas, sistemáticas e reiteradas, em razão da perpetuação de falhas estruturais decorrentes do próprio sistema vigente, oriundas, muitas das vezes, por falta de diálogo e também por inércia entre as autoridades envolvidas.

3 ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA NOVA FORMA DE ATUAÇÃO DO STF

Ao longo dos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal redesenhou a sua atuação e a forma como sua função jurisdicional é exercida. No que tange a superação do quadro de inconstitucionalidade, verifica-se que falhas estruturais do sistema exigem remédios estruturais com a tomada de decisões complexas construídas de forma conjunta entre os órgãos

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

competentes. Isto porque a solução será em favor da coletividade e a construção dessas decisões não seriam possíveis por meio de técnicas tradicionais e rígidas. Neste tópico será abordado o posicionamento do STF sobre o ECI.

3.1 Posição do STF à luz da ADPF nº 347/DF de 2015

O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, reconheceu expressamente o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares formulado na ADPF nº 347/DF. Nessa linha, a exordial foi proposta com fundamento nas violações generalizadas e sistemáticas de direitos fundamentais da população carcerária, onde as penas privativas de liberdade tornaram-se penas cruéis e desumanas. Portanto, a Corte Constitucional adotou, em sede de medida cautelar, o instituto do estado de coisas inconstitucionais.

3.1.1 Alicerces da exordial da ADPF nº 347/DF

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) requerendo que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, ante a violação de direitos fundamentais da população carcerária decorrente de ações comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Ademais, como consequência desse reconhecimento, solicitou que fosse determinada adoção de diversas providências em busca de eliminar lesões a preceitos fundamentais da Constituição.

Nessa perspectiva, a exordial foi subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmento em representação formalizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Clínica UERJ Direitos), sustentando a incompatibilidade da realidade do sistema carcerário brasileiro com os ditames constitucionais. Dentre eles, destacam-se a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a vedação de tortura e tratamento desumano. Para tanto, a inicial foi instruída com parecer da lavra do Professor Titular de Direito Penal da UERJ, Juarez Tavares, e com documentação que comprova o quadro inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Diante desse quadro, defende a necessidade da intervenção do STF ante a gravidade do cenário fático, da mesma forma que a Corte Constitucional da Colômbia atuou em caso semelhante, enfatizando a função essencial das cortes constitucionais na proteção da dignidade de grupos vulneráveis. Além disso, defende a técnica da declaração do ECI como a que mais se adequa ao sistema carcerário brasileiro, visto que permite ao juiz constitucional exigir ao poder público a realização de medidas urgentes para sanar violações massivas de direitos fundamentais e, o que é mais importante, catalisar ações para formular, implementar e supervisionar a efetivação dessas medidas.

Em virtude da urgência para tomada de providências voltadas à solução das graves violações aos direitos fundamentais da população carcerária brasileira, o PSOL requereu o deferimento das seguintes medidas cautelares em favor do sistema penitenciário e da segurança de toda a sociedade:

- 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 70 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).

Como pedido definitivo, o PSOL requereu, em linhas gerais, que fosse julgada procedente a ADPF nº 347/DF, de modo a declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; confirmar as medidas cautelares transcritas acima; determinar ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao STF, no prazo máximo de 3 meses, de um Plano Nacional visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro dentro de um prazo de 3 anos, submetendo-o às instituições envolvidas ou que queiram se manifestar e, também, à sociedade civil por meio de audiências públicas.

Além disso, o PSOL requereu também a determinação para que o governo de cada Estado e do Distrito Federal, após homologação do Plano Nacional, formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que seja compatível com o Plano Nacional homologado, visando a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa no prazo máximo de 2 anos, submetendo às instituições envolvidas ou que queiram se manifestar e, também, à sociedade civil por meio de audiências públicas. E, por fim, requer o acompanhamento da implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

3.1.2 Fundamentos da decisão liminar do STF na ADPF nº 347/DF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2015, reconheceu que há no sistema penitenciário brasileiro violação generalizada de direitos fundamentais da população carcerária, declarando na medida cautelar da ADPF nº 347/DF o estado de coisas inconstitucional para o sistema penitenciário brasileiro. Nesse sentido, ressaltou que a dignidade da pessoa humana e a integridade física e psíquica são alguns dos direitos fundamentais que são sistematicamente e reiteradamente violados, transformando as penas privativas de liberdade em penas cruéis e desumanas.

Sob esse prisma, o STF identificou diversas normas constitucionais e internacionais que estariam sendo infringidas. Como exemplo, a decisão liminar aponta os ditames constitucionais dispostos nos artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º. Além disso, cita normas internacionais que prezam pelos direitos dos presos, quais sejam: o Pacto

Internacional dos Direitos Civis e Políticos; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Por fim, elenca normas infraconstitucionais como a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) e a Lei do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN (Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994), as quais também estão sendo transgredidas.

Outrossim, a decisão também ressalta as implicações decorrentes do quadro de inconstitucionalidade instaurado nos cárceres brasileiros, tendo em vista que além de não cumprirem o objetivo precípuo da pena, a ressocialização dos presos, fomentam a criminalidade, com altas taxas de reincidência, inclusive com os reincidentes retornando para o cárcere pelo cometimento de crimes ainda mais graves, produzindo, assim, um ciclo de violência em desfavor da própria sociedade.

Além disso, a decisão reforça que a responsabilidade pela situação caótica dos presídios não pode ser atribuída a um único Poder, mas sim aos três - Legislativo, Executivo e Judiciário -, bem como aos Estados-Membros, Distrito Federal e União. Ademais, exemplifica que o Judiciário contribui com esta situação, uma vez que cerca de 41% dos presos são provisórios e, de acordo com estudos, a maioria ao ser julgada é absolvida ou condenada a penas diversas da prisão. Por fim, ainda há aqueles presos que cumprem pena por um período maior do que foi determinado na sentença, evidenciando a falta de assistência judiciária.

Da mesma maneira, destaca também que o contingenciamento dos recursos do FUNPEN pela União dificulta a construção de novas políticas públicas, além dos problemas já existentes na formulação, implementação e fiscalização das políticas públicas, e de interpretações errôneas no que toca à aplicação da lei penal. Além disto, a decisão ressalta que no sistema penitenciário há falhas estruturais decorrentes da ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias e, portanto, perpetuando as violações sistemáticas de direitos fundamentais.

Nesse ínterim, cabe à Corte a missão de impor medidas que resultem na ação dos demais Poderes, de modo a retirá-los da inércia. Contudo, vale frisar que o Judiciário não está autorizado a substituir as esferas legislativas e executivas, mas sim, diante da incapacidade amplamente demonstrada dessas esferas, o Supremo buscaria a superação de bloqueios políticos e institucionais. À vista disso, por meio de diálogos com os outros Poderes, e também com a sociedade civil, o STF ficaria incumbido de formular, implantar e fiscalizar medidas para superar o quadro de inconstitucionalidade, principalmente no que toca às políticas públicas.

Sob essa ótica, o STF nessa decisão inédita reconhece a violação de direitos fundamentais, a ofensa à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial que ocorre sistematicamente e reiteradamente nos presídios brasileiros. Ademais, identifica o aumento da criminalidade e da insegurança instaurada na sociedade, o que justifica a intervenção imediata do Supremo. Por fim, certifica a necessidade urgente de retirar os demais Poderes da inércia, oferecendo incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação dos mesmos. Isto posto, o Supremo deferiu, parcialmente, as medidas cautelares propostas pelo PSOL. Nessa linha, segue o acordão da decisão:

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 Civis 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. (BRASIL, 2015).

Durante a sessão do deferimento parcial das medidas cautelares transcritas acima, o STF concedeu parcialmente a cautelar solicitada na ADPF nº 347/DF, determinando a realização de audiências de custódia (alínea “b”) e a liberação do saldo acumulado no FUNPEN (alínea “h”). No que tocante às alíneas “a”, “c” e “d” que tratam, em linhas gerais, sobre a decretação e manutenção das prisões, o Plenário por maioria dos votos indeferiu por entender que essas medidas já são aplicadas pelos juízes. No mesmo sentido foram indeferidas as medidas previstas nas alíneas “e” e “f” que abordam sobre as atribuições do juízo da execução penal. Já em relação à alínea “g” que versa sobre os mutirões carcerários, o Plenário entendeu por maioria dos votos que o pleito estava prejudicado.

Ainda durante a sessão, o Colegiado, ao final da votação, acolheu por maioria dos votos a cautelar de ofício proposta pelo Ministro Roberto Barroso para determinar à União e aos Estados-Membros, mais precisamente ao estado de São Paulo, por ter o maior número de presos do País, que enviem ao STF informações sobre a situação prisional com a finalidade de ser traçado um panorama nacional da problemática e, por conseguinte, seguir com as deliberações.

Em síntese, na sessão a maioria dos ministros reconheceu, expressamente, a configuração do estado de coisas inconstitucional para o sistema carcerário, em virtude do quadro insuportável e permanente de violação dos direitos fundamentais. Assim sendo, deliberou como medida cautelar a realização das audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, com a apresentação do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas, contadas do momento da prisão. E, por fim, a liberação do saldo acumulado no FUNPEN para cumprir suas finalidades e a proibição de novos contingenciamentos.

3.2 A (in)aplicabilidade do ECI no Brasil: posições antagônicas

Durante o julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347/DF, surgiram críticas ao uso do ECI. Além disso, o julgamento instigou o debate acadêmico sobre o ECI, merecendo destaque as críticas formuladas no artigo publicado pelo professor Lênio Streck (2015). O referido autor alerta sobre as dificuldades de combater um termo tão genérico em um país de dimensões continentais como o Brasil, em que os Poderes Executivo e Legislativo enfrentam tensões e tornam o Judiciário cada vez mais forte. Nas palavras do professor: “tenho receio dessa coisa chamada *ECI - Estado de Coisas Inconstitucional*, que é fluída, genérica e líquida [...]” (STRECK, 2015). Nesse sentido, o foco da crítica está no conceito genérico do ECI que implicaria na onipresença das declarações de inconstitucionalidade, resultando no uso do instituto para qualquer situação em desconformidade com a Constituição.

Entretanto, o autor Carlos Campos (2016) alerta para a observância dos pressupostos do ECI, os quais revelam o seu uso de caráter excepcional. Na prática, os Tribunais devem ser rigorosos na averiguação dos pressupostos do ECI. Por essas razões, o Ministro Marco Aurélio destacou no seu voto na ADPF nº 347/DF que não há de se falar em reconhecimento do ECI para direitos que não são concretizados plenamente como direito à saúde, ao transporte e à

educação, porque são temas que constam nas pautas sociais e políticas, enquanto que o sistema carcerário é tema desprezado socialmente e politicamente.

Outra crítica formulada por Lenio Streck (2015) diz respeito ao uso difuso do ECI nos municípios que, por exemplo, às vezes nem fornecem a merenda escolar. Contudo, o autor Carlos Campos (2016) defende que não procede esse risco e ele elenca três motivos para isto: 1) o instrumento mais adequado para declaração do ECI é a ADPF, sendo o STF o órgão competente para julgamento, conforme os ditames da Lei nº 9.882/99; 2) o ECI pressupõe violação massiva e reiterada de direitos fundamentais, deste modo, ainda que a demanda comece pontualmente, o direito comparado nos mostra que as violações são generalizadas e extrapola a omissão de autoridades locais, portanto é competência exclusiva do STF; e 3) a identificação de violações generalizadas e sistemáticas, e também a abrangência das falhas estruturais, exige e habilita a intervenção de um órgão estruturado como o STF. Dessa maneira, é evidente a excepcionalidade das situações que cabem o uso do ECI, portanto, exclui a competência dos juízes e tribunais ordinários e o uso difuso do instituto.

Alguns autores apontam o ECI como uma afronta à democracia. Nessa perspectiva, Lênio Streck (2015) afirma que nos governos democráticos o Executivo é eleito pela população para construir as políticas públicas, e não o Judiciário. Vale salientar que a democracia é essencial ao fortalecimento do Estado de Direito e, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único, e artigo 14, incisos I, II e III, da CRFB, o Brasil adota a democracia representativa, a qual o professor Paulo Bonavides define como: “o poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo: eis aí toda a verdade e essência da democracia representativa” (BONAVIDES, 2010, p. 295-296).

No entanto, é nesse cenário da democracia representativa que surgem os bloqueios políticos de superação do quadro de inconstitucionalidade do sistema carcerário. Isto porque, o ECI submerge na estigmatizada população carcerária que não possui representantes políticos, não pode exercer o direito ao voto e, nem tampouco, ser eleito representante do povo. Por isso, o ECI se desenvolve como um instrumento hábil de superar esses bloqueios para os grupos politicamente e socialmente ignorados, retirando a máquina estatal da inércia. Embora, cumpre ressaltar, que se a democracia existisse em sua plenitude não seria necessário tal instrumento como forma de garantir a proteção de direitos fundamentais.

Outra crítica pertinente é a violação do princípio da separação dos Poderes na aplicação do ECI. Nesse sentido, sustenta-se que a declaração do ECI seria uma usurpação das

competências dos outros poderes, visto que a formulação e implementação de políticas públicas são encargos dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, restou clara a opção do constituinte pelo ‘estado constitucional cooperativo’, definido por Peter Haberle (2007) como o Estado Constitucional que “se dispõe a ser referência para os demais membros da comunidade mundial. Sob essa ótica, a Carta Magna adota o modelo dialógico e cooperativo entre Poderes da União com uso de ferramentas idôneas à proteção do seu núcleo axiológico e normativo: os direitos fundamentais”.

Por sua vez, o autor Carlos Campos (2016) é categórico em relação às objeções do ECI por violação à separação de Poderes e afirma que são dois equívocos sucessivos. Para isso o referido autor explica: primeiro, sob a perspectiva contemporânea, o princípio da separação dos Poderes exige uma visão pluralista e dinâmica e, não mais, a separação tornando-os quase que incomunicáveis; e, por segundo, permitir que a omissão reiterada de um dos Poderes seja isenta de intervenções, é fomentar a concentração em um único Poder e, além disso, é admitir a inércia dos três Poderes em desfavor da efetivação dos direitos fundamentais. Como ressalta o jurista Paulo Bonavides “a época constitucional que vivemos é dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos Poderes” (BONAVIDES, 2004, p.127).

Além disto, o ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADPF nº 347/DF, destaca que o ECI não viola o princípio da separação dos Poderes, porque a inércia do Executivo e Legislativo fere a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente, no que tange à promoção de políticas públicas. Durante o julgamento da cautelar, o STF reconheceu que a sua função é intensificar o encargo dos demais Poderes inertes, e não formular e implementar políticas públicas. Deste modo, presentes os pressupostos do ECI, é de suma importância a intervenção do STF para impulsionar a máquina estatal, afastando interpretações antiquadas do princípio da separação de Poderes, que só alimentam o ciclo de violações massivas de direitos fundamentais e não propiciam a resolução do problema in concreto. Nesse sentido, colaciona-se trecho da decisão:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções (BRASIL, 2015).

Durante a sustentação oral na ADPF nº 347/DF, surgiu a preocupação acerca dos riscos da inefetividade do ECI. Nessa perspectiva, o argumento utilizado foi de que o reconhecimento do ECI para o sistema carcerário colombiano fracassou, não fazendo sentido a importação de uma técnica falida no próprio país propulsor. De fato, a Colômbia fracassou ao aplicar o ECI no enfrentamento dos problemas do sistema carcerário do país, porém esse fracasso é resultado da ausência de monitoramento e fiscalização das deliberações. É tanto que no caso do “deslocamento forçado” a técnica logrou êxito e essa falha não se repetiu. Por isso, o Ministro Marco Aurélio, advertiu em seu voto sobre a importância do monitoramento da execução prezando pelo caráter flexível e dialógico das medidas a serem tomadas pelos Poderes. Segundo trecho do voto do Ministro:

Ao Supremo [...] deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações (BRASIL, 2015).

Isto posto, as decisões construídas em conjunto com caráter flexível reduzem significativamente os riscos de inefetividade, uma vez que são ordens produzidas em decorrência da união de várias autoridades comprometidas no desenvolvimento de soluções. Deste modo, busca-se a efetividade das decisões, por meio de diálogos coordenados e estratégicos entre os Poderes e a sociedade civil e, como consequência, a superação do quadro de inconstitucionalidade e a consagração dos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÕES

Com base nos dados observados ao longo do estudo teórico, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição Federal, é órgão legítimo para intervir na atuação dos Poderes da União sempre que considerar que a realidade social está destoante dos comandos da Carta Magna. Assim, esta é uma forma de proteção do núcleo axiológico e normativo da Constituição: os direitos fundamentais. Ademais, cabe ao Poder Judiciário catalisar medidas para formulação e implementação de políticas públicas, podendo, inclusive, ordenar que o Legislativo e Executivo realizem determinadas ações. Entretanto, o STF não

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

estaria substituindo, por óbvio, estes Poderes, mas sim retirando-os da inércia pois, em caso contrário, estaria fomentando a perpetuação do ciclo de violações massivas.

Além disso, ao se depurar à análise da realidade pátria, verifica-se que o reconhecimento do ECI para o sistema carcerário brasileiro proporcionou visibilidade à grave problemática. Com efeito, a população carcerária brasileira é ignorada socialmente e politicamente, sob a justificativa de que existem outras pautas mais importantes a serem debatidas e, também, porque a sociedade vislumbra a prisão como instrumento de vingança social. Tal postura deve ser superada, uma vez que é uma das causas para o aumento da violência no país. Enfim, o tratamento desumano que é imposto aos presos contribui para os altos índices de reincidências pelo cometimento de crimes ainda mais graves.

Sem embargos, diante do problema sistêmico decorrente de atos comissivos e omissivos dos Poderes, conclui-se que é aplicável a técnica do ECI ao sistema carcerário brasileiro, uma vez que a realidade do sistema penitenciário pátrio preenche rigorosamente todos os pressupostos exigidos para aplicação do instituto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica da OAB**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator. **ADPF n.º 347/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 06 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

COLOMBIA. Corte Constitucional Da Colômbia. **Sentencia SU.559/97**. 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional Da Colômbia. **Sentencia T-025/2004**. 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 21 ago. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 20 ago. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>. Acesso em: 01 set. 2020.

STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS AS A FORM OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BRASILIAN PENITENTIARY SYSTEM

ABSTRACT

The essential rights are shown to be essential, as set out in the first articles of the 1988 Constitution. However, in spite of its indisputable normative force, the hypothetical judgment of the duty to be does not correspond to the being of factual reality. Thus, the STF, in ADPF nº 347/DF, declared the State of Things Unconstitutional (ECI) in the Brazilian penitentiary system. Such a declaration legitimizes the STF to take activist measures in the public policy cycle, arousing antagonistic positions regarding its incidence. Thus, using the deductive method, we seek to analyze the (in) applicability of the ECI in the Republic of Brazil, in order to investigate the action of the STF in favor of the protection of fundamental rights. Therefore, the STF's intervention will not imply an outpouring of the Supreme Court's powers, since it is an exceptional measure, being a way of strengthening the Democratic Rule of Law.

Keywords: State of Unconstitutional Things. ADPF nº 347/DF. Brazilian penitentiary system. Fundamental rights.