

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

LORENA SILVA DE SOUSA

**A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL E O RECONHECIMENTO DO “ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL”:
uma análise dos fundamentos da provocação ao Supremo Tribunal Federal na
ADPF de nº 347**

UBERLÂNDIA/MG

2018

LORENA SILVA DE SOUSA

**A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL E O RECONHECIMENTO DO “ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL”:
uma análise dos fundamentos da provocação ao Supremo Tribunal Federal na
ADPF de nº 347**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutorando Luiz César Machado de Macedo.

**UBERLÂNDIA/MG
2018**

LORENA SILVA DE SOUSA

**A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL E O RECONHECIMENTO DO “ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL”:
uma análise dos fundamentos da provocação ao Supremo Tribunal Federal na
ADPF de nº 347**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutorando Luiz César Machado de Macedo.

Uberlândia, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora:

Professor Doutorando Luiz César Machado de Macedo

Examinador (a)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da atual crise identificada no sistema prisional brasileiro, onde se verifica violações massivas a direitos humanos e fundamentais dos detentos do país. Será demonstrado que esse quadro de crise é oriundo de omissões sistêmicas e falhas estruturais dos órgãos públicos, apresentando-se os fundamentos fáticos e jurídicos que sustentaram a propositura da ADPF de nº 347, proposta pelo partido PSOL, na qual declarou-se um “Estado de Coisas Inconstitucional” pela Suprema Corte brasileira, através da medida cautelar proferida no julgamento da referida ação. Assim, serão objetos deste estudo os efeitos do reconhecimento do referido instituto e as medidas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal para amenizar esse quadro de inconstitucionalidade, além de ser justificada a atuação do Poder Judiciário por meio do ativismo judicial dialógico.

Palavras chave: sistema prisional brasileiro; direitos humanos e fundamentais; falhas estruturais; estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

The aim of this paper is to study the current crisis identified in Brazilian prison system, where we can find massive violations of the human and fundamental inmates' rights in the country. Will be demonstrate that this crisis is derived from systemic omissions and structural failures of public agencies, presenting the real and legal fundamentals that sustained the bringing the ADPF No. 347, proposed by the political party PSOL, which was recently declared as a "unconstitutional state of affairs" by the Brazilian Supreme court, through an injunction issued in the trial ADPF No. 347. Thus, shall be objects of this study the effects of recognition of the institute and the measures taken by the Supreme Court to curb this unconstitutionality board, among them the determination of adoption by the executive branch of administrative measures and the allocation of budgetary resources for solving the situation.

Palavras-chave: brazilian prison system; human rights and fundamental; structural failures; unconstitutional state of affairs

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO	9
2.1 O conceito e as críticas ao ativismo judicial tradicional	9
2.2 Constitucionalismo dialógico: inovação na revisão judicial	13
2.3 Ativismo dialógico: discutindo o sistema de freios e contrapesos	17
3 POLÍTICA CRIMINAL E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	21
3.1 A política criminal brasileira e o paradigma do punitivismo penal	21
3.2 Sistema prisional no Brasil frente ao grande encarceramento	27
3.3 Sistema prisional e violação massiva de direitos humanos: as recomendações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	30
4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E SEU DEBATE NO STF	32
4.1 Contexto histórico, conceito, pressupostos e críticas ao ECI	32
4.2 A discussão do ECI perante o STF: fundamentos e pedido na ADPF 347	38
4.3 Os efeitos do reconhecimento de um ECI: limites e possibilidades de uma sentença estrutural	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa delimita-se na realização de uma análise da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” (termo este que será tratado ao longo do trabalho pela sigla ECI), levando-se em conta seus pressupostos, o tipo de sentença gerada e os efeitos dessa declaração, tendo por objetivo principal o estudo dos fundamentos fáticos e jurídicos que levaram à provocação do Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF de nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL.

Neste trabalho adotou-se como estratégia metodológica a revisão bibliográfica, na qual utilizou-se estudos de diversos autores, adotando conceitos e premissas desses autores com o objetivo de alcançar uma conclusão sobre o assunto. A revisão bibliográfica, ou revisão da literatura, se traduz em uma análise crítica, meticulosa e ampla de diversas publicações em uma determinada área do conhecimento. Esse tipo de metodologia busca explicar e colocar em discussão um tema com base em referências teóricas publicadas em obras principalmente, além de procurar conhecer e analisar conteúdos científicos sobre algum assunto.

Foi usado ainda, no presente trabalho, o método indutivo analítico, pois estudamos casos reais para encontrarmos uma conclusão genérica a uma questão, no caso, considerou-se o conhecimento conforme as experiências já tidas e relatadas pelas supremas cortes dos países em que houve a declaração do ECI, de forma a buscar constatações concretas de que referida técnica jurídica seria a melhor saída para resolver a crise no sistema carcerário do Brasil.

Assim, utilizando-se da metodologia de revisão bibliográfica pelo método indutivo analítico, buscaremos uma saída para reverter o quadro de crise no sistema prisional brasileiro, considerando que essa crise é diversa daquelas vividas em outros âmbitos do país, como por exemplo na área da saúde, isso porque não se verifica apenas algumas falhas ou escassez de suprimentos e verbas nas instituições carcerárias, mas sim uma universalidade de erros e falhas que decorrem do poder público e atinge todo o sistema prisional, agravando-se pelo fato de que essa realidade é resultado da inércia ou falta de coordenação dos Poderes Estatais.

No segundo capítulo, iniciaremos o exame sobre o ativismo judicial em face do constitucionalismo dialógico. Abordaremos nesse capítulo os conceitos e as críticas

ao ativismo judicial tradicional, a importância do ativismo judicial dialógico para a reversão do quadro de violações massivas aos direitos dos presos e discutiremos o velho e tradicional sistema de freios e contrapesos, verificando que esse sistema dificilmente contribui para a solução de problemas de ordem democrática.

A inércia dos Poderes, além de ser advinda da ausência de coordenação deles, é resultado do velho sistema de freios e contrapesos o qual gera e sustenta o medo de contrariar vontades das autoridades e da população, criando uma estagnação do poder público.

Dessa forma, será demonstrada a urgência em se adotar o sistema do constitucionalismo dialógico proposto por Gargarella, um sistema de tomada de decisões que reconhece que o diálogo é essencial para a resolução de questões constitucionais, pois proporciona uma discussão democrática e justa entre os envolvidos, sendo que o ativismo judicial, dentro da perspectiva de constitucionalismo dialógico, é o ponto de partida para a declaração de um ECI.

O capítulo seguinte tratará da política criminal brasileira e o sistema prisional do Brasil. Estudaremos aqui as origens do sistema punitivista da nossa política criminal e identificaremos as falhas deste instituto, tendo em vista que os números referentes à população carcerária têm aumentado de forma rápida e progressiva, no entanto, não se verifica a diminuição da violência ou o aumento da segurança da sociedade civil. Mostraremos que as falhas na implementação de políticas públicas que visam a melhora do sistema carcerário são notórias, tendo em vista as inúmeras recomendações feitas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao Brasil.

As falhas têm origens em vários fatores, como na cultura religiosa na concepção de que punir é necessário; nas transformações da política nacional e internacional com governos repressivos, propondo um sentimento falso de segurança à população; na produção legislativa em massa que tem estimulado cada vez mais a prisão como meio adequado de punição; na falta de sensibilidade dos juízes ao usarem a prisão como a única regra; no apelo da sociedade pela punição. Enfim, são inúmeros os aspectos que contribuem para a política criminal defeituosa que temos.

No capítulo quatro, será apresentado o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional e o seu reconhecimento pelo STF. Serão estudados aqui o contexto histórico, o conceito, os pressupostos e as críticas dispensadas ao ECI. Além disso, abordaremos a discussão deste instituto no Supremo, apresentando os fundamentos fáticos e jurídicos que motivaram a propositura da ADPF de nº 347, bem como

analisaremos os pedidos da referida ação. Ainda no quarto capítulo, falaremos dos eventuais limites e possibilidades das sentenças estruturais, estudando, para tanto, os efeitos do reconhecimento de um ECI, com base nas pesquisas e trabalhos feitos por Garavito e Franco.

Veremos que o conceito de ECI evoluiu com o tempo, sendo que a Corte Constitucional colombiana foi a principal responsável em permitir a delimitação desse instituto, o qual passou a ser uma ferramenta usada pelas Cortes para declarar uma realidade contrária àquela prevista pelas normas constitucionais, possibilitando a tomada de decisões com o objetivo de reverter o quadro inconstitucional.

Veremos ainda que a declaração do estado de coisas inconstitucional, no que tange aos mecanismos de combate ao cenário de recessão, confere alguns perigos e riscos, os quais serão minuciosamente apresentados e discutidos no decorrer da obra. Nesse sentido, o trabalho buscará justificar a provocação ao Supremo Tribunal Federal na ADPF de nº 347, trazendo soluções aos impasses que obstaculizam o cumprimento das medidas adotadas pelo instituto.

Dentre os questionamentos sobre o assunto, verificamos que o maior obstáculo na declaração do ECI é a chamada sentença estrutural, que envolve uma atuação conjunta dos três poderes, e a pergunta que se faz é a seguinte: o alcance das sentenças estruturais, produzidas pela declaração do ECI, viola a separação dos três poderes? Bem, é o que iremos responder.

Por fim, serão expostas no último capítulo as conclusões finais da presente pesquisa, concluindo-se que o reconhecimento de um ECI gera, por meio da sentença estrutural, efeitos amplos que podem resultar na mudança almejada a curto prazo, bem como em uma transformação social positiva a longo prazo.

Destarte, tem-se que o presente trabalho é fundamental para o estudo da situação fática do atual cenário de crise no sistema prisional brasileiro, bem como contribui para a delimitação do conceito do ECI e para a delimitação dos efeitos de sua declaração, sendo que tal instituto é de extrema importância para a reversão do quadro de violação massiva aos direitos humanos e fundamentais dos presos brasileiros, de forma que a intervenção do Supremo Tribunal Federal, por meio ADPF de nº 347, mostra-se como uma medida de extrema urgência e necessidade, sendo justificada pelo cenário calamitoso do nosso sistema carcerário, o qual é resultado, como veremos, de atos omissivos e comissivos dos próprios entes do Poder Público.

2 O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

2.1 O conceito e as críticas ao ativismo judicial tradicional

Até o momento, não há um consenso doutrinário a respeito do conceito de ativismo judicial. Sobre a dificuldade de se conceituar este fenômeno, Vanice Regina Lírio do Valle, aduz que:

“O problema na identificação do ativismo judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.”¹

Em que pese não haver consenso acerca do conceito de ativismo judicial, muitos doutrinadores tentam, por suas vezes, atribuir a este instituto uma definição. Elival da Silva Ramos afirma que:

“Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”²

Luís Roberto Barroso estabelece 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

¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**, 2009, p. 19.

² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**, 2010, p. 107.

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”³

Como se vê, são muitas as opiniões sobre a definição do ativismo judicial. No presente trabalho, partiremos do pressuposto de que este instituto nada mais é do que uma atuação acentuada do Poder Judiciário, a qual se dá com o fim de afirmar, tutelar e garantir normas e preceitos constitucionais e, mais do que isso, buscar a concretização de direitos constitucionais, sendo que essa atuação, conforme enumerado por Barroso, pode ocorrer de diversas formas, inclusive com a interferência no exercício do Poder Legislativo e/ou Poder Executivo, como, por exemplo, a implementação de políticas públicas para cessar as violações massivas a direitos fundamentais.

Ressalte-se que o ativismo judicial somente deve ocorrer em casos excepcionais, como, por exemplo, quando se verificar a ausência ou a falha da atuação dos outros poderes do Estado, devendo se dar de forma dialógica. Assim, essa interferência dos juízes deve acontecer apenas em casos peculiares e de extrema necessidade, a fim de se evitar o que se chama de supremacia judicial, conforme veremos a seguir.

Os posicionamentos de inúmeros doutrinadores, pesquisadores e estudiosos que vão de encontro com a ideia de ativismo judicial se resumem basicamente em dois pontos, quais sejam: 1) o de que este instituto se revela como uma atuação antidemocrática do judiciário e 2) de que os juízes, ainda que sejam de Cortes Superiores, não possuem competência para a criação de políticas públicas.⁴

Carlos Alexandre, ao analisar as críticas dispensadas à atuação das Cortes Constitucionais, no que tange às questões de omissão estatal sobre direitos fundamentais, se manifesta no mesmo sentido, aduzindo que:

“As críticas feitas ao exercício expansivo de cortes constitucionais ou supremas, inclusive quando voltado à garantia de direitos fundamentais, possuem, de um modo geral, duas vertentes: (i) a primeira acusa a **falta de legitimidade democrática** da atuação ativista de juízes não escolhidos pelo voto popular, irresponsáveis perante o eleitorado; (ii) a segunda envolve aspectos técnicos relacionados à acusação de **falta de capacidade**

³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez; **Cortes Y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional Transformó El Desplazamiento Forzado En Colombia**, 2010, p.34.

institucional dos juízes para decidirem sobre certas matérias, máxime sobre políticas públicas.”⁵ (grifo nosso)

O primeiro ponto, o argumento de que o ativismo judicial revela-se de ordem não democrática, fundamenta-se no entendimento de que os juízes, ao interferirem em questões de políticas públicas sobre direitos humanos e fundamentais, estariam violando a legitimidade do Poder Legislativo e do Executivo, uma vez que não são eleitos pelo povo e, por conseguinte, estariam ferindo o princípio da separação dos três poderes.⁶

Estudiosos como James Bradley Thayer, Jeremy Waldron, e Larry Kramer entendem que há a violação dos três poderes quando juízes proferem decisões que dizem respeito a políticas públicas, entendendo serem ilegítimas tais decisões, tendo em vista ser o Legislativo o poder representante do povo, sendo o mesmo o único apto à promoção das normas constitucionais.⁷

Para o já citado professor Larry Kramer, a supremacia judicial, que é uma situação que surge com o ativismo dos juízes, em que a Corte Superior detém a decisão final ou até mesmo é a única a dar seu entendimento sobre determinada norma constitucional, é algo que viola a legitimidade do povo, pois acredita que as objeções democráticas devem ser enfrentados por meio de instituições democráticas como é o Poder Legislativo, e não pela imposição do entendimento judicial. Para ele, a supremacia judicial é intolerável.⁸

O segundo ponto em que se baseia as principais críticas ao ativismo judicial tem caráter institucional e se apoia no argumento de que o poder judiciário, ainda que possuísse legitimidade democrática, não possui competência de promover políticas públicas e nem sequer dispõe de instrumentos necessários para o desenvolvimento dessas políticas, não sendo possível proferir sentenças capazes de obter reformas sociais significativas, pois lida apenas com casos individuais e não tem a capacidade de compreender por completo as políticas públicas, muito menos de proferir decisões

⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; **Estado de Coisas Inconstitucional**, 2016, p. 226.

⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez; **Cortes Y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional Transformó El Desplazamiento Forzado En Colombia**, 2010, p.35.

⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; Op. Cit. p. 227.

⁸ Ibid., p. 233/234 e 236.

a esse respeito, sendo necessário se valer da interferência dos outros ramos do poder do Estado para dar eficácia às suas sentenças.⁹

Objetivando o estudo sobre as objeções de caráter institucional em relação ao ativismo judicial, Carlos Alexandre analisa os textos de Adrian Vermeule o qual entende que cada instituição deve agir de acordo com os seus limites de competência e capacidade. Para o autor dos textos, os juízes lidam com a falta de tempo, dificuldade em conhecer e, conseqüentemente, de entender os anseios do povo, anseios esses que se revelam em normas constitucionais. Enquanto os legisladores têm maior contato com a população, de forma que possuem mais condições de conhecerem e entenderem as necessidades do povo que estão em constante mudança. Assim, sob a perspectiva institucional apresentada por Vermeule, o Poder Legislativo está mais apto a resolver os problemas de ordem democrática, em outras palavras, os legisladores são quem possuem legitimidade para interpretar as normas constitucionais.¹⁰

Ainda, para Vermeule, o Poder Judiciário não fica totalmente isento da competência de interpretar normas constitucionais, contudo, acredita que deva ser feito em circunstâncias raras e necessárias, de forma básica, precisa e com deferência ao entendimento dos legisladores.¹¹

Verifica-se que as críticas dispensadas ao ativismo judicial são relevantes e de extrema validade. Contudo, não podemos negar que o ativismo judicial, apesar de apresentar riscos de ordem democrática e institucional, não deve ser rechaçado por completo, pelo contrário, o ativismo dos juízes é necessário em casos peculiares como em um ECI em que se verifica a inércia de outros entes do Estado e a existência de uma violação massiva de direitos fundamentais, em que legisladores e executivos demonstram claramente o descaso ou até mesmo incapacidade na tomada de decisões para implementação de políticas públicas necessárias.¹²

Todavia, deve-se traçar os limites de atuação do Poder Judiciário, pois numa sociedade democrática a supremacia judicial deve ser considerada ilegítima e inconstitucional, em razão de princípios constitucionais que impedem a hegemonia de

⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez; **Cortes Y Cambio Social. Cómo La Corte Constitucional Transformó El Desplazamiento Forzado En Colombia**, 2010, p. 35/36.

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; **Estado de Coisas Inconstitucional**, 2016, p. 238.

¹¹ *Ibid.*, p. 237.

¹² *Ibid.*, p. 239/240.

um poder em relação aos outros. Com efeito, o ativismo judicial não deve ser visto como sinônimo de supremacia judicial, uma vez que aquele encontra justificativa em casos peculiares como os de omissão estatal em que se verifica um quadro de violação massiva de direitos fundamentais, enquanto a supremacia judicial, sendo a hegemonia do Poder Judiciário, deve ser de todo combatida, porquanto inaceitável em uma sociedade democrática.

Mas como afirmar a legitimidade de um ativismo judicial sem que se verifique a supremacia judicial, uma vez que o Poder Judiciário imporá limites à atuação dos outros Poderes? A resposta a essa indagação, bem como às objeções de caráter democrático e institucional apresentadas acima, está no fato de que o ativismo judicial somente pode ser considerado legítimo se for estruturalmente dialógico, ou seja, deve autorizar ou fomentar o diálogo entre os poderes, bem como destes com a população. Portanto, verifica-se que o diálogo constitucional é a resposta para um ativismo judicial legítimo.¹³

2.2 Constitucionalismo dialógico: inovação na revisão judicial

O tradicional sistema de tomada de decisões, que tem como base a doutrina dos freios e contrapesos (*Checks and balances*), vem sendo combatida pelo novo constitucionalismo dialógico proposto por Gargarella em sua obra "*El nuevo Constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos e contrapesos*", onde defende que o sistema de freios e contrapesos, apresentada por Madison no texto *O Federalista 51*, foi fundado em uma lógica de opostos, de institucionalização do egoísmo e do conflito.¹⁴

Para Gargarella, a ideia de confronto que surge de *O Federalista 51* impossibilita a existência de um diálogo, estando claramente fundamentada em uma concepção de guerra, ou seria mais especificamente um tipo de "paz armada". Por outro lado, o desenvolvimento de práticas dialógicas cria resultados sólidos, pois até a linguagem utilizada demonstra uma forma civilizada e respeitosa de se resolver os impasses provenientes do antagonismo político. Além disso, o diálogo põe fim ao

¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; **Estado de Coisas Inconstitucional**, 2016, p. 240.

¹⁴ GARGARELLA, Roberto; **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**, 2014, p. 03.

argumento de que a revisão judicial poderia, de alguma forma, violar o princípio da separação dos três Poderes, pois traz a proposta de que os Poderes, conjuntamente, busquem acordos para a resolução de problemas de caráter democrático por meio do diálogo no processo de tomada de decisão, não havendo que se falar em imposição de um Poder sobre o outro, muito menos em risco à democracia constitucional.¹⁵

Aqui, justificaremos a urgência em se adotar as práticas que possibilitem e motivem o verdadeiro diálogo constitucional, sendo essa prática de diálogo a resposta às objeções de ordem democrática e institucional ao ativismo judicial, vistas anteriormente.

Mark Tushnet afirma que a revisão judicial dialógica surgiu com a Declaração de Direitos do Canadá, em 1982, na adoção da Carta Canadense de Direitos.¹⁶ Por meio desta Carta, o Canadá alcançou uma reforma institucional e abriu as portas do seu sistema de organização institucional a uma forma mais concreta de diálogo, com a chamada cláusula de "não obstante" (*notwithstanding clause*) que aparece consagrada principalmente por meio das seções 1 e 33 de referida Carta. A primeira cláusula sustenta que os direitos estabelecidos na Carta estão sujeitos a limitações que se demonstram justificáveis em uma sociedade livre e democrática; a segunda estabelece, de maneira crucial, que o Poder Legislativo pode estender a validade de uma regra por períodos renováveis de cinco anos.¹⁷

Após o Canadá, outros países adotaram modelo semelhante ao de revisão dialógica, como Reino Unido (1998), Nova Zelândia (1990), Austrália (2004) e o Estado de Victoria (2006), adotando esses países o “novo modelo constitucional de *Commonwealth*”, o qual Gargarella explica que, em matéria constitucional, é semelhante ao modelo que representa a “economia mista”, em relação à organização dos recursos materiais.¹⁸ Trata-se de um modelo de constitucionalismo que oferece ao Poder Legislativo o poder formal e amplo de substituir direitos e decisões judiciais, de forma que pode ser visto como uma alternativa intermediária à supremacia judicial e legislativa, permitindo maior ganho para a questão legitimatória e democrática, pois “*ao dar às legislaturas a palavra final sobre questões de direitos, este novo modelo*

¹⁵ GARGARELLA, Roberto; **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**; 2014, p.03.

¹⁶ TUSHNET, Mark.; **Revisión judicial dialógica. Escuela de Derecho**. Revista Argentina de Teoría Jurídica. 2013. p. 01

¹⁷ GARGARELLA, Roberto; Op. Cit. p. 01.

¹⁸ Ibid., p. 01.

promete criar incentivos para o debate, e, mais amplamente, resolve a dificuldade contramajoritária”¹⁹

Como exemplos de ocorrências de revisão judicial dialógica, Gargarella cita ainda a questão do “direito de consulta” concedido aos indígenas, fundamentado na Convenção da OIT, de 1989, a qual estabeleceu que os países aderentes à Convenção devem consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados, sempre que medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-los diretamente sejam previstas, assegurando que as consultas sejam realizadas de boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, a fim de se chegar a um acordo ou obter o consentimento sobre medidas propostas.²⁰

O autor supramencionado destaca também o exemplo de revisão judicial nos países da América Latina, onde tribunais judiciais têm tomado decisões que envolvem diversos entes estatais de diferentes ramos, bem como diferentes representantes da sociedade civil, como, por exemplo, movimentos de vítimas e representantes de consumidores. Para Gargarella, por meio dessas decisões, os tribunais:

“i) han dejado de lado una tradicional actitud de auto-restricción y deferencia al legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen.”²¹

Diante desses exemplos, vimos que o sistema institucional de diversos países tem caminhado para um debate dialógico ao tratarem de questões democráticas, sendo de rigor a conclusão de que o sistema institucional deve adotar uma justiça dialógica, ou seja, deve deixar de lado a “boba” concepção de que problemas institucionais têm uma solução dicotômica, quer dizer, de que possuem apenas dois caminhos a serem traçados, pois, ao considerar a magnitude de problemas institucionais de caráter democrático, a melhor saída é o diálogo dos entes estatais envolvidos, objetivando encontrar a melhor resolução do problema de forma

¹⁹ ARAÚJO; Luis Cláudio Martins. **A Jurisdição Constitucional No Sistema Da Commonwealth: A Conformação De Uma Nova Alternativa Institucional À Supremacia Judicial**; 2015, p. 16.

²⁰ GARGARELLA, Roberto; **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**; 2014, p. 02.

²¹ Ibid., p. 02.

democrática, configurando tal prática o que Gargarella chama de “novo constitucionalismo dialógico”.²²

Para Garavito e Franco, o ativismo judicial pode se dar de várias formas, sendo que em relação a direitos econômicos, sociais e culturais, podem existir diferentes tipos de intervenções judiciais com diferentes graus e variedades. Segundo esses autores, tendo em vista a ambiguidade do termo “ativismo judicial”, para que este conceito seja útil, ele deve ser vinculado por laços analíticos e empíricos com seu objeto de estudo. Afirmam, com base em Tushnet, que os tribunais podem adotar interpretações fortes ou fracas do conteúdo em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais como forma de ativismo judicial. A abordagem de “direitos fortes” reconhece a aplicabilidade judicial desses direitos, a par dos direitos civis e políticos. Em contrapartida, um tribunal que adote uma abordagem de “direitos fracos” tende a negar essa executoriedade judicial. Em um ponto intermediário, os tribunais que o aceitam, mas sujeitos a restrições processuais ou substanciais consideráveis constituem uma categoria intermediária, a da abordagem dos “direitos moderados”.²³

Garavito e Franco afirmam ainda que:

“Por otro lado, los tribunales pueden adoptar diferentes clases de remedios a la luz de las violaciones de los DESC. En la tipología de Tushnet, los criterios para distinguir entre remedios fuertes y débiles son la amplitud de las órdenes judiciales y el grado en que estas son obligatorias y perentorias. Mientras que los remedios fuertes implican órdenes precisas, orientadas hacia los resultados, los débiles tienden a dejar la implementación por completo en manos de los organismos públicos. Los remedios moderados, a su vez, describen procedimientos y fines amplios, y también criterios y plazos para valorar los progresos, pero dejan las decisiones sobre los medios y las políticas al gobierno. En la tipología de Tushnet falta un tercer elemento: el seguimiento de las medidas adoptadas, que es, desde el punto de vista fáctico y analítico, distinto de las medidas mismas. Con independencia de la fuerza que tengan los derechos y los remedios reconocidos por las decisiones, los tribunales tienen que elegir si retienen o no su jurisdicción para supervisar la implementación. Por consiguiente, añadimos esa dimensión a nuestra conceptualización del activismo judicial, y distinguimos entre seguimiento fuerte, moderado y débil.”²⁴

Assim, vemos que para esses autores o monitoramento das decisões adotadas pelo Tribunal é fundamental para garantir a eficácia de resultados pretendidos, sendo

²² GARGARELLA; Roberto. **Por una justicia dialógica**. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YINubOf5JAK>> Acesso em: 22/06/2018.

²³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión**: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. 2015. p. 30.

²⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión**: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. 2015. p. 30.

que consideram um ativismo judicial dialógico ideal aquele em que se tem a fiscalização pelo Poder Judiciário do cumprimento das decisões tomadas, com o monitoramento das tarefas ordenadas pela Corte a fim de garantir a eficácia dos resultados pretendidos.²⁵

Para os referidos autores:

“Las sentencias dialógicas establecen fines amplios y vías de implementación claras estableciendo plazos máximos y ordenando la elaboración de informes de seguimiento, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos gubernamentales. Los remedios judiciales de esta naturaleza no son sólo compatibles con el principio de separación de poderes, sino que también pueden fomentar la eficacia general de una decisión determinada. Además, un enfoque dialógico de los casos sobre DESC estimula mecanismos de seguimiento participativos –audiencias públicas, comisiones de seguimiento nombradas por los tribunales e invitaciones a la sociedad civil y a los organismos públicos para que entreguen información relevante y participen en las discusiones promovidas por el tribunal– que profundizan la deliberación democrática y refuerzan los efectos de las intervenciones judiciales.”²⁶

2.3 Ativismo dialógico: rediscutindo o sistema de freios e contrapesos

Em *O Federalista 51*, James Madison apresentou as principais razões para se viver em um sistema de freios e contrapesos, sendo que em um dos textos mais expressivos do livro, Madison afirma que:

“la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprocharse a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que la internas del gobierno (Hamilton et al 1982).”²⁷

²⁵ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global.** 2015. p. 27.

²⁶ Ibid., p. 34/35.

²⁷ GARGARELLA, Roberto; **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos;** 2014, p. 03.

Como se nota, para Madison, o sistema de freios e contrapesos tinha por finalidade impedir que um poder interferisse no outro a fim de resguardarem seus próprios interesses, concebendo, dessa forma, uma espécie de “paz armada”, utilizando como armamento “meios constitucionais” dos quais cada um dos poderes se revestiria a fim de se preservar de eventuais afrontas um do outro. Dessa forma, os interesses particulares de cada instituição do Estado seriam protegidos.²⁸

Ademais, a justificativa que Madison trouxe para sustentar a ideia dos *Checks and balances* era a concepção de que o interesses dos cidadãos e das autoridades estatais deveriam coexistir e se reafirmariam em um lógica de resistência, onde nenhum dos Poderes prevaleceria sobre o outro e cada um poderia alcançar seus interesses por meio da cooperação dos demais, negociando entre si e utilizando-se de armas constitucionais para satisfazerem seus egoísmos.²⁹

Assim, Gargarella conclui que o sistema de freios e contrapesos foi criado sob uma concepção de guerra, mas com o objetivo de conter o confronto. Para ele, o intuito proposto por Madison era o de usar o sistema com a finalidade de se evitar um conflito social e político, estando, contudo, sempre armados na espera de qualquer ataque (um ramo do Poder contra o outro) e , ao mesmo tempo, controlando os impulsos de cada ramo na utilização medidas/meios constitucionais como forma de frear e contrabalancear a atuação dos entes estatais em busca de benefício próprio.³⁰

Como se vê, o sistema de freios e contrapesos favorece mais o conflito e, ao mesmo tempo, a criação de mecanismos de defesas aos ramos dos poderes, do que o diálogo propriamente dito. Contudo, em que pese a clara lógica agonal dos freios e contrapesos, vislumbra-se nesse sistema uma remota busca de se promover uma discussão pública, pois, para os autores que defendem esse sistema clássico, por exemplo, a divisão do poder e a concepção de que cada um tome determinadas decisões referentes aos seus respectivos ramos possibilitaria decisões moderadas, a inclusão social, com vários pontos de vista diferentes, sendo que esses pontos de vistas não só se somariam, mas serviriam como forma de transformação social por meio do debate, podendo ser uma maneira de se discutir preferências sociais e a possibilidade de inclusão das minorias, onde estas tivessem a chance de colocarem

²⁸ GARGARELLA, Roberto; **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**; 2014, p. 06.

²⁹ Ibid., p. 07.

³⁰ Ibid., p. 08.

no debate seus anseios e opiniões, gerando, assim, um “processamento de preferências” na tomada de decisões.³¹

Todavía, Gargarella destaca que:

“Por otro lado, podría agregarse que no es nada claro que los sistemas del tipo de checks and balances resulten favorables al diálogo transparente. Por ello mismo, conviene analizar con algún detalle mayor cómo es que funciona ese proceso de idas y vueltas, y transformación de preferencias, en los sistemas de frenos y contrapesos, sobre todo teniendo en cuenta el tipo de disonancia que suele existir entre las iniciativas o “inputs” que el sistema recibe, y los “outputs” o resultados que el mismo genera.

Ante todo, señalaría, el sistema de los frenos y contrapesos, tal como lo conocemos (en cualquiera de las versiones arriba expuesta –ya sea norteamericana o latinoamericana), no nos ofrece un modelo atractivo de procesamiento de preferencias. En efecto, el mismo, en lugar de ayudarnos a “limpiar” de prejuicios y dogmas nuestras creencias –en lugar de someter las diversas preferencias a un proceso colectivo de revisión crítica- mezcla, superpone, quita por la fuerza, ciertas demandas, las recorta y modifica por razones que sólo eventualmente tienen que ver con “la fuerza del mejor argumento”. Ello así, por un lado, por la preferencia que el sistema institucional parece darle a la negociación frente a la argumentación (Elster 1991). Puede ocurrir, entonces, que una norma sobre seguridad pública sea modificada no por afectar injustamente a un grupo, o por no cubrir adecuadamente ciertas garantías, sino como prenda de negociación en una disputa sobre la obra pública. El mecanismo general de procesamiento y “transformación” de preferencias parece mostrarse, en los hechos, menos sensible a la argumentación que al intercambio de favores y el juego de intereses. Este tipo de circunstancias, de hecho, han favorecido conocidas críticas del sistema –como las de Carl Schmitt- basadas, justamente, en la falta de transparencia y ausencia de diálogo que lo caracteriza, o en su carácter burdamente sensible a los reclamos de los grupos de interés (Schmitt 1992).”³²

Diante disso, vemos que, por mais que se busque, no sistema de freios e contrapesos, um debate público a fim de promover o diálogo democrático no que tange à tomada de decisões, o próprio sistema impede que isso aconteça, em razão de sua natureza defensiva, pois seu objetivo é o de evitar o confronto, e não promover o debate, sendo que em um “processamento de preferências” venceria o melhor argumento (político), aquele que mais assegurasse os interesses dos poderes e de suas autoridades e jamais a decisão mais justa e eficaz à população, sendo que muitos processos deliberativos referentes a políticas públicas, por exemplo, são evitados, pois os poderes, na tentativa de não se enfrentarem e evitarem um conflito, deixam de resolver questões democráticas importantes e muitas vezes urgentes.³³

³¹ GARGARELLA; Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**; 2014, p. 14/17.

³² Ibid., p. 16 e 17.

³³ Ibid., 17.

O sistema prisional brasileiro, por exemplo, se encontra em um quadro sistemático de crise em razão da inércia dos administradores e legisladores, e podemos dizer que essa inércia, além de ser oriunda da falta de coordenação dos Poderes estatais, é fruto do medo do conflito, do temor de contrariar vontades políticas e até mesmo vontades do povo, receios estes gerados e sustentados pelo sistema de freios e contrapesos.

Assim, constata-se a urgência em se adotar o sistema do constitucionalismo dialógico proposto por Gargarella, um sistema de tomada de decisões no qual o diálogo é parte fundamental para a resolução de questões constitucionais, que busca proporcionar uma discussão democrática e justa entre os envolvidos, sendo que o ativismo judicial, dentro da perspectiva de constitucionalismo dialógico, é o ponto de partida para a declaração de um ECI.

3 POLÍTICA CRIMINAL E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

3.1 A política criminal brasileira e o paradigma do punitivismo penal

Para adentrarmos afundo no assunto sobre política criminal brasileira, antes de tudo, é necessário analisarmos o conceito dado a essa expressão que, embora muito estudada, não possui uma definição uniforme dada pelos pesquisadores da área, como veremos.

Para Basileu Garcia, política criminal define-se como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos que o Estado dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Para ele, o instituto estuda o Direito vigente e, em razão da contemplação de sua idoneidade em garantir a segurança contra os criminosos, busca aperfeiçoar a defesa jurídico-penal contra a delinquência, sendo o seu meio de prática, assim, a legislação penal.³⁴

Jímenez de Asúa, por sua vez, aduz que a política criminal é um conjunto de princípios fundados na investigação científica do direito e da eficácia da pena, sendo uma forma de luta e combate contra o crime, usando, para tanto, não somente formas penais, mas também meios de caráter assecurativo.³⁵

Zaffaroni e Pierangeli preceituam que a política criminal é a ciência ou a arte de escolher os bens jurídicos que devem ser protegidos penalmente e os caminhos para tal proteção, o que resulta na crítica dos valores e meios já escolhidos.³⁶

Para Antonio Carlos Santoro Filho, a política criminal não pode ser considerada uma ciência, uma vez que a forma como ela é trabalhada e estudada não permite que seja uma ciência autônoma, pois envolve conceitos e valores diversos advindos de outras ciências. Para o autor, a política criminal *“consiste na crítica do direito penal, fundada em argumentos jurídicos ou ideológicos – ou em ambos -, tendente a modificar, manter ou reformar os institutos do direito penal vigentes, o que implica o dinamismo desta disciplina.”*³⁷

³⁴ SANTORO FILHO; Antonio Carlos. **Conceito de Política Criminal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2015. p. 01.

³⁵ Ibid., p. 01.

³⁶ Ibid., p. 01.

³⁷ Ibid., p. 01.

Em que pese a divergência em relação ao conceito, podemos concluir que, independentemente de ser uma ciência ou não, a política criminal é um instituto que viabiliza o estudo jurídico penal do crime em relação à sociedade, envolvendo, por isso, aspectos sociológicos, psicológicos ou filosóficos, com o intuito de buscar formas de prevenção de crimes e, ao mesmo tempo, formas de punição aos criminosos, objetivando, em ambos os casos, o aperfeiçoamento das formas de tutela ao bem jurídico segurança. Nota-se, desde já, que a política criminal pode ter caráter tanto preventivo quanto repressivo/punitivo.

No Brasil, podemos dizer que o que prevalece, sem dúvidas, é a política criminal repressiva, pois a própria Constituição, o maior diploma normativo que temos, apesar de ser fundamentada em princípios de uma sociedade solidária, livre e justa, abriu uma enorme brecha para que se instalasse um modelo de Estado punitivo/repressivo, pois a Carta Magna promove normas criminalizadoras, definindo a prisão como sendo o meio mais adequado à punição e estabelecendo normas inflexíveis de inafiançabilidade e imprescritibilidade, colocando a pena restritiva de liberdade como sendo de ordem solidária e justa, desde que compatível com a legalidade.³⁸

Contudo, deve ser ressaltado que a política criminal repressiva que temos hoje é resultado de uma herança de ideologias e concepções que foram construídas ao longo da história, sendo que, ao analisarmos o contexto histórico do país, podemos notar a forte influência, principalmente, da cultura religiosa ao pensamento punitivista, sendo que, no Brasil, prevalece aspectos do catolicismo e protestantismo, aspectos esses que fortalecem a concepção de que “os predestinados ao mal não são dignos da tutela estatal”.³⁹

Para Gizlene Neder, os aspectos da cultura religiosa influenciam no pensamento político e histórico de duas formas:

“A. De um lado, devemos destacar a disputa pelo poder político entre Igreja e Estado nos países abrangidos pelo catolicismo romano; esta disputa esvazia, política e ideologicamente, as instituições políticas nessas formações históricas; e seus efeitos na descrença quanto à validade e à eficácia das instituições, seja para assistir (educação ou assistência social), seja para reprimir (polícia e justiça), esvaziam o debate político.

³⁸ FERNANDES; Daniel Fonseca. **O Grande Encarceramento Brasileiro: Política Criminal e Prisão no Século XXI**. XVIII. 2015. p. 13/14.

³⁹ ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do Grande Encarceramento**. 2010. p. 241.

B. Por outro lado, devemos enfrentar a delicada questão de impunidade, tendo em vista interpretar aspectos importantíssimos do ponto de vista da aceitação, obediência, das desigualdades na política de justiça criminal; precisamos indagar até que ponto o catolicismo romano conforma a legitimidade de hierarquias sociais, que, naturalizadas, permitem a aplicação da justiça criminal de forma assimétrica, com distinções, segundo a “qualidade das pessoas” _ isso para usarmos uma expressão antiga das Ordenações do Reino de Portugal, nas quais, por exemplo, a punição ao crime de estupro está prevista segundo a “qualidade das pessoas”: caso o estuprador fosse uma “pessoa de qualidade” em relação à vítima, a pena previa pagamento de pena pecuniária; em caso contrário, fosse a vítima uma “pessoa de qualidade”, o estuprador era condenado à pena de morte.”⁴⁰

Assim, vemos que o conformismo e a validação do sistema penitenciário repressivo brasileiro, no qual predomina a violência e as formas cruéis de pena, foi gerado e é sustentado também por uma cultura religiosa, sendo que as condutas de violência, propriamente ditas, são oriundas de uma herança de punição advinda de penas muito antigas, como degredo e a pena de morte, por exemplo. Destarte, como afirma Gizlene Neder, *“a violência e a crueldade presentes no sistema não são um fato excepcional, e, sim, um acontecimento maior que tem vínculos com a cultura jurídica e a cultura religiosa sobre punição.”*⁴¹

Além da cultura religiosa que fortemente influencia o pensamento de punição, tanto no Brasil quanto em países da América do Norte e América Latina, por exemplo, existem outros fatores que inegavelmente contribuíram para a constituição de uma política criminal de caráter punitivo, sendo que o principal fator foi as mudanças políticas e sociais ocorridas.

No Brasil, no período ditatorial, sucedido entre 1964 a 1985, instalaram-se governos militares que disseminaram no país uma ideologia de cunho completamente repressiva, exercendo a punição contra qualquer indivíduo que supostamente representasse a mínima ameaça ao governo, de forma que muitos cidadãos inocentes sofreram punições severas como tortura, exílio e até mesmo foram mortos pelos próprios militares, representantes do Estado na época. Essa ideologia punitivista e opressora deu margem à criação da “Doutrina de Segurança Nacional”, a qual justificava ações militares como forma de proteger o “interesse da segurança nacional”.

⁴⁰ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do Grande Encarceramento**. 2010. p. 226/227.

⁴¹ Ibid., p. 241.

Nos Estados Unidos, o declínio do Estado de bem-estar social (Welfare State) e o surgimento da política neoliberal, no final dos anos 1980, foi o fator político determinante para o crescimento da população carcerária nas décadas de 80 e 90, tendo sido nesse período que identificou-se o aumento expressivo do número de presos, sendo que, até o final da década de 90, verificou-se nos EUA dois milhões de detentos, três milhões de presos *on probation*, e 700 mil *on parole*, no entanto, as pesquisas de Ladipo, no ano 2000, demonstram que não houve a diminuição significativa da criminalidade, o que revela uma grande contradição e, conseqüentemente, demonstra que a questão da criminalidade não está totalmente relacionada com a forma de punição.⁴²

Já no começo da década de noventa, implementou-se em Nova Iorque a chamada política de *tolerância zero*, a qual passou a ser um modelo de combate ao crime e à violência urbana em diversos países da Europa e América Latina. Tal política foi criada com o objetivo de restituir a qualidade de vida e a moralização das condutas sociais, por meio da repressão a qualquer infração delituosa e a pessoas que apresentassem um “mau comportamento” social, como grafiteiros e moradores de rua. Assim, por meio de uma política rigorosa de controle social, punindo até pequenas condutas consideradas inapropriadas ou imorais, o governo de Nova Iorque conseguiu diminuir o índice de criminalidade na cidade, contudo, como consequência inevitável, aumentou sobremaneira a população carcerária, bem como os custos com o sistema prisional.⁴³

Essa política rigorosa de combate ao crime e à violência, originada em Nova Iorque, provocou a criminalização das comunidades mais pobres e mais vulneráveis, agindo o Estado com acentuada brutalidade em relação aos negros e aos latinos, gerando uma discriminação institucional notória, pois, de fato, proporcionou segurança à população, no entanto, somente à população branca, sendo que criou-se um movimento de repressão aos negros e pobres a fim de garantir a falsa sensação de segurança aos demais. Por esse contexto formou-se, nos Estados Unidos, uma nova e errônea concepção sobre a criminalidade, sendo o Brasil e os demais países

⁴² SEIBEL; Erni J. **O Declínio Do Welfare State e a Emergência do Estado Prisional: Tempos de um novo puritanismo?**. 2005. p. 04/05.

⁴³ FERNANDES; Daniel Fonseca. **O Grande Encarceramento Brasileiro: Política Criminal e Prisão no Século XXI**. XVIII. 2015. p. 07/08.

da América Latina fortemente influenciados por esse novo senso comum em relação à criminalidade.⁴⁴

O símbolo do inimigo interno⁴⁵, oriundo dos Estados Unidos, foi importado pelo Brasil, contudo, aqui, essa expressão, em meados da década de noventa, começou a ser usada para se referir ao pequeno traficante, sendo que este passou a ser declaradamente o inimigo-interno político-criminal brasileiro. Ocorre que essa caçada aos traficantes na luta contra as drogas tornou-se mais um agravante da criminalização e violência contra negros e pobres, porquanto apenas esses grupos sociais foram, e são até hoje, alvos desse controle de criminalidade estatal.⁴⁶

Anote-se que o estudo da política criminal teve seu ápice de desenvolvimento em 1990 com a crescente produção legislativa e o expressivo aumento de presos e, em razão de ter sido fortemente influenciado pelas ideologias punitivistas do período da ditadura militar, pelos movimentos internacionais de lei e ordem como a política de tolerância zero e pelo combate às drogas, tivemos como resultado a promulgação de uma Constituição criminalizadora, a qual determinou ao legislador a criação de um novo tipo penal, qual seja os crimes hediondos,⁴⁷ de forma que a política criminal brasileira se mostra cheia de falhas, pois o próprio instituto contribui com a segregação racial e social, uma vez que as normas e as políticas de encarceramento conseguem alcançar apenas uma parcela da sociedade e, por outro lado, negros e pobres são praticamente os únicos alvos da repressão criada por esse sistema demasiadamente defeituoso.⁴⁸

Sobre o contexto brasileiro da década de 90, Salo de Carvalho afirma que:

“A atividade legislativa da década de 90 no Brasil, potencializada em parte pelo conjunto de normas constitucionais programáticas, ampliou as hipóteses de criminalização primária e enrijeceu o modo de execução das penas. Paralelamente à criação de inúmeros novos tipos penais, houve substancial alteração na modalidade de cumprimento das sanções, sendo o resultado desta experiência a dilatação do *input* e o estreitamento do *output* do sistema,

⁴⁴ FERNANDES; Daniel Fonseca. **O Grande Encarceramento Brasileiro: Política Criminal e Prisão no Século XXI**. XVIII. 2015. p. 08.

⁴⁵ O inimigo interno é uma simbologia criada nos Estados Unidos, em meados das décadas de 70/80, e se referia aos comerciantes e usuários de cocaína e heroína, os quais tornaram-se inimigos declarados do Estado na luta contra as drogas.

⁴⁶ FERNANDES; Daniel Fonseca. Op. Cit., p. 09.

⁴⁷ Ibid., p. 16.

⁴⁸ Ibid., p. 13/15.

com reflexos diretos no número de pessoas processadas e presas (provisória ou definitivamente).⁴⁹

Diante disso, podemos afirmar que o aumento do número carcerário nos anos 90 no Brasil não se deu exclusivamente em razão do crescimento da criminalidade, mas é também um resultado da política criminal do país⁵⁰ a qual, a partir da década de 90, vem produzindo cada vez mais leis de caráter punitivo, como exemplo, podemos citar:

“a instituição da prisão temporária (convertida na lei nº 7.960/1989), decorrente da pressão dos delegados de polícia, criação da lei de crimes hediondos (lei nº. 8.072/1990), crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (lei nº. 8.137/1990), crime de tortura (lei nº. 9.455/1995), crimes contra o meio ambiente (lei nº. 9.605/1998), crime de lavagem de dinheiro (lei nº. 9.613/1998)”.⁵¹

Atualmente, indentifica-se, também, como causa do aumento do número de presos a banalização da prisão, pois essa forma de punição tornou-se a regra, de maneira que vem sendo frequentemente aplicada pelos juízes, até mesmo em casos desnecessários onde são cabíveis aplicação de penas diversas da restritiva de liberdade ou multas; e o apelo punitivista da população, que tem aumentado cada vez mais, em razão da propagação do sentimento de impunidade veiculado pela mídia, por meio de programas sensacionalistas de notícias sobre crimes que ganharam espaço na televisão brasileira após o fim da era militar ditatorial.⁵²

Gilmar Mendes destaca que:

“Diante de cobranças da mídia e da opinião pública por soluções imediatas, a resposta das instituições tem se concentrado, em regra, no agravamento de penas e de seu regime de cumprimento, não é incomum, aqui e em outros países, a chamada legislação simbólica. Em face do clamor público atizado por algum crime grave, lança-se mão da fórmula mágica: “vamos aumentar a pena desse crime”; “vamos transformar a corrupção em crime hediondo” e assim por diante, sem se atentar para o fato, cada vez mais evidente, de que medidas dessa natureza pouco ou nada contribuem para a superação desse quadro.”⁵³

⁴⁹ CARVALHO; Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). 2010. p. 53.

⁵⁰ Ibid., p. 29.

⁵¹ FERNANDES; Daniel Fonseca. **O Grande Encarceramento Brasileiro: Política Criminal e Prisão no Século XXI**. XVIII. 2015. p. p. 16.

⁵² CARVALHO; Salo de. Op. Cit., p. 30/31.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Segurança Pública e Justiça Criminal**. 2015. p. 01.

Assim, vimos que a política criminal brasileira, como dito, é defeituosa, pois não se presta a angariar os resultados pretendidos, uma vez que, ao invés de ser um instituto que combate o crime de forma preventiva e trabalha para a ressocialização dos criminosos, a fim de garantir a segurança social, tem sido um fator corroborativo com a criminalização de negros e pobres, se mostrando como uma forma de segregação dessas pessoas, tornando-as vulneráveis ao próprio Estado que atua parcialmente contra o crime.

Além disso, verificamos que as falhas são oriundas de vários aspectos como a cultura religiosa que influencia o pensamento da punição; as mudanças ocorridas no cenário da política nacional e internacional, com governos que defendem um modelo repressivo, viabilizando uma falsa sensação de segurança à população; a produção legislativa em massa que tem promovido cada vez mais a prisão como meio adequado de punição; a falta de sensibilidade dos juízes ao usarem a prisão como regra, mesmo em casos desnecessários em que são cabíveis outras formas de punição; o apelo punitivista da sociedade influenciada pela mídia sensacionalista, enfim, como vimos, são inúmeros os fatores que contribuem para a política criminal maculada que temos, na qual a prisão é a regra e tem como resultado o grande encarceramento.

3.2 Sistema prisional no Brasil frente ao grande encarceramento

O sistema prisional brasileiro, como resultado da política criminal do país, funciona de maneira extremamente seletiva, sendo um grande fator de discriminação social e racial, pois alcança quase somente pobres e negros. Não se tem dados exatos sobre a classe social dos presos, mas tal conclusão se dá em razão dos dados educacionais sobre os detentos dos quais apenas 0,47 % possuem curso superior completo, 5,1% são considerados analfabetos, 12,1% são apenas alfabetizados e 44% possuem apenas o ensino fundamental incompleto.⁵⁴

A maior questão em relação ao nosso sistema prisional é a sua precariedade. Não é mais novidade a ninguém que os presídios brasileiros são precários e

⁵⁴ STF; ADPF 347; **Petição Inicial**. 2015. p. 02.

desumanos, são instituições onde pessoas diariamente têm seus direitos humanos e fundamentais violados.

Sobre esse estado calamitoso dos presídios, o ministro Gilmar Mendes afirma que:

“a contrariedade à lei e à Constituição escancara-se diante das péssimas condições dos presídios, em situações que vão desde instalações inadequadas até maus-tratos, agressões sexuais, promiscuidade, corrupção e inúmeros abusos de autoridade, verdadeiras escolas do crime controladas por facções criminosas. Não é de se estranhar, portanto, que muitas dessas pessoas, quando soltas, voltam a praticar novos crimes, às vezes bem mais graves do que o cometido pela primeira vez.”⁵⁵

Um dos piores problemas dos presídios brasileiros é a superlotação. A realidade passa longe de ser aquela prevista no art. 88, da Lei de Execução Penal, o qual estabelece que o condenado deverá ser alojado em cela individual que deverá conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório.⁵⁶ É fácil de se concluir que a superlotação, além de já ser, propriamente dita, uma violação ao direito dos presos, acarreta a transgressão de outros direitos, pois, em razão da falta de espaço nas celas, por exemplo, muitos presos não têm lugar para deitar, tendo que se revezarem na hora de dormir.

Um dos fatores que mais contribui para essa superlotação é a cultura jurídica de banalização da prisão, de forma que esta tornou-se a regra, isso porque os juízes aplicam a punição de cárcere na maioria dos casos, inclusive como pena provisória. Segundo o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), cerca de 40% da população carcerária é de detentos em situação provisória.⁵⁷ Verifica-se aqui a errônea forma de aplicação da prisão provisória, pois é sabido que a restrição de liberdade é medida excepcional e só ocorre antes da condenação transitada em julgado em casos em que se identifique os requisitos exigidos à tutela cautelar, sendo que deve ser aplicada mediante decisão rigorosamente justificada. Além disso, pesquisa do IPEA e do Ministério Público da Justiça, de 2014, apontou que mais de 37% dos detentos em prisão provisória são, ao final do processo, absolvidos ou condenados à pena diversa

⁵⁵ MENDES; Gilmar Ferreira. **Segurança Pública e Justiça Criminal**. 2015 p. 01.

⁵⁶ BRASIL. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal; Brasília/DF. 1984. p. 01.

⁵⁷ ITTC. **20 Anos De Luta: A Prisão Provisória Como Porta De Entrada Para O Superencarceramento**. 2017; p. 01.

da privativa de liberdade ou multa, restando, portanto, desnecessárias as prisões provisórias de tais presos.⁵⁸

Visando amenizar o problema da superlotação, em petição direcionada ao STF, o partido político PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), na propositura da ADPF de nº 347, requereu, em caráter liminar, a determinação a todos os juízes e tribunais que justifiquem expressamente as razões que impedem a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, nas hipóteses em que se decretar ou manter a prisão provisória; e a determinação a todos os juízes e tribunais para que adotem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que todos os presos sejam apresentados ao juiz competente no prazo 24 horas, a contar do momento da prisão.⁵⁹

Ressalte-se que a falta ou a deficiente na assistência jurídica aos presos é também uma causa da superlotação das celas brasileiras, isso porque é comum, em mutirões carcerários, verificar que existem pessoas que já cumpriram suas penas há anos, mas continuam presas, em razão da inobservância de seus direitos no processo penal, sendo que 65% dos presídios não há qualquer serviço de assistência jurídica prestado na própria unidade, não havendo sequer a presença de defensores em delegacias.⁶⁰

Outro problema grave identificado no sistema prisional brasileiro é a questão do contingenciamento das verbas do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), as quais devem ser destinadas ao financiamento da melhoria do sistema prisional do Brasil. Em 2015, constatou-se que a contabilidade desse fundo tinha cerca de R\$2,2 bilhões parados sem serem utilizados. Constatou-se ainda que um dos grandes motivos para a existência desse contingenciamento é o excesso de rigidez e de burocracia da União para a distribuição desses recursos aos outros entes federativos.⁶¹

Ademais, inúmeros outros direitos humanos e fundamentais são constantemente violados todos os dias nos presídios brasileiros.

⁵⁸ STF; ADPF 347; **Petição Inicial**. 2015. p. 31.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁶¹ *Ibid.*, p. 51.

Diante disso, verifica-se o estado calamitoso e inconstitucional que estamos vivendo em relação ao sistema prisional brasileiro, sendo que, como vimos, a situação se agrava em razão de ser a mesma oriunda da inércia ou falta de coordenação dos administradores, legisladores e juízes do país, os quais são quem possuem o dever de agirem a fim de reverterem o quadro identificado de violação massiva aos direitos humanos e fundamentais dos presos. Sendo assim, a intervenção judicial para declarar um ECI do sistema prisional brasileiro é medida justa e necessária.

3.3 Sistema prisional e violação massiva de direitos humanos: as recomendações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por várias vezes, acionou o Brasil em razão das falhas e omissões do país em relação à proteção dos direitos humanos dos presidiários brasileiros. Tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, realizaram inúmeras recomendações ao Estado brasileiro, sendo que foi determinado o cumprimento de diversas medidas cautelares e provisórias, com o objetivo de parar as violações de direitos humanos nos presídios do Brasil.⁶²

No caso de medidas provisórias impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, temos como exemplos os casos: a) do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno (Complexo de Curado), de Recife/PE, em 2014, 2015 e 2016; b) na Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho/RO, em 2002, 2004, 2005, 2008, 2009 e 2011; no Complexo do Tatuapé (FEBEM e Fundação Casa), de São Paulo/ SP em 2005, 2006, 2007 e 2008; na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/ SP, em 2006 e 2008; e no Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/MA, e m2014.⁶³

Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou medidas cautelares ao Estado brasileiro, por exemplo, em casos de detentos: do Centro de Atendimento Juvenil Especializado (CAJE), de Brasília/DF, em 2006; do Centro de

⁶² PEREIRA; Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. 2017. p. 09.

⁶³ Ibid., p. 10.

Detenção Provisória de Guarujá/SP, em 2007; da Penitenciária Polinter de Neves, de São Gonçalo/RJ, em 2009; da Unidade de Internação Socioeducativa (Unis), de Cariacica/ES, em 2009; do Departamento de Polícia Judiciária (DPJ), de Vila Velha/ES, em 2010; do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno (Complexo de Curado), de Recife/PE, em 2011; do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, de São Luiz/MA, em 2013; do Presídio Central, de Porto Alegre/RS em 2013; dos Centros de Atenção Socioeducativa de Internação Masculina, do Estado Ceará, em 2015; e do Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente Cedro, de São Paulo/SP, em 2016, bem como em outros casos.⁶⁴

Essa realidade do Estado brasileiro no âmbito internacional, tendo em vista tantos casos levados ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, demonstra uma gigantesca falha, seja na consecução, execução ou implementação de políticas públicas que garantam a tutela aos direitos humanos dos detentos no país.

⁶⁴ PEREIRA; Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. 2017. p. 10.

4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E SEU DEBATE NO STF

4.1 Contexto histórico, conceito, pressupostos e críticas ao ECI

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um instituto relativamente novo no direito comparado e uma grande novidade no Brasil. Apesar de não estar positivado, tem sido uma ferramenta de extrema importância para garantir direitos humanos e fundamentais que estão sendo violados, por meio da iniciativa das cortes constitucionais, no Brasil, pela atuação do Supremo Tribunal Federal. Contudo, considerando que ECI confere ao Judiciário amplo poder na tomada de decisão sobre questões constitucionais, inclusive no que tange à implementação de políticas públicas, onde juízes determinam um agir específico dos demais poderes e, conseqüentemente, deve realizar a fiscalização dos mesmos, tem-se que apenas em casos extremos de identificação de violação massiva a direitos humanos e fundamentais, quando a atuação da Corte for a única saída para a reversão do quadro de violação, é que se caberá a declaração desse instituto.⁶⁵

Sobre a declaração do ECI, Carlos Alexandre afirma que:

“Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial.”⁶⁶

O ECI se originou de demandas que envolviam falhas estruturais, sendo que a primeira ocorrência desse tipo de demanda se deu nos Estados Unidos no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*⁶⁷, em 1954.

⁶⁵ STF; ADPF 347; **Petição Inicial**. 2015.

⁶⁶ CAMPOS; Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2016. p. 96.

⁶⁷ Trata-se do famoso caso em que se discutiu a segregação racial nas escolas do Sul dos Estados Unidos. Em que pese a opinião conservadora de grande parte da população, a Suprema Corte norte-americana aderiu uma forma de superação progressiva da decisão que encerrou o precedente do *equad but separated*, promovendo uma grande mudança social.

Mais tarde, também em sede de julgamento de demandas estruturais, a Corte Constitucional Colombiana adotou a forma das sentenças estruturais, implementando novas técnicas e declarando, pela primeira vez, o ECI.⁶⁸

A primeira vez em que se declarou o ECI foi na sentença SU 559 de 1997, pela Corte Constitucional Colombiana, no caso em que professores da rede pública do município de *María La Baja e Zambrano* estavam sem receber auxílio de seguridade social e cobertura de saúde, mesmo diante de suas contribuições. Ao analisar o caso referente à política econômica de educação no país em relação à distribuição fiscal e à nomeação de professores sem recursos orçamentários, o Tribunal concluiu que estava enfrentando "*... un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela.*"⁶⁹

A Corte colombiana, então, passou a analisar a relevância da declaração e tomar medidas para pôr fim ao ECI, com base na cooperação harmoniosa dos órgãos do Estado e com o deferimento de tutelas para a proteção dos direitos fundamentais que estavam sendo violados de forma massiva pelo Estado, com o intuito de verificar um fator quantitativo para evitar o congestionamento e reduzir o número de processos que eram veiculados pelos mesmos fatos e, assim, cortar o problema pela raiz, não só para os casos analisados, mas para o Estado refazer sua política que violava aqueles direitos fundamentais.⁷⁰

Diante disso, verifica-se que a Corte Colombiana teve papel fundamental na construção desse instituto, sendo que sua atuação na sentença SU 559 de 1997 foi o marco determinante na qual denominou-se o ECI.

Após referida decisão, a Corte voltou, por diversas vezes, a declarar o ECI em casos de violação massiva a direitos fundamentais, sendo que sua principal atuação em relação a esse instituto ocorreu na sentença T-025 de 2004, na qual o Tribunal decidiu sobre o deslocamento forçado de pessoas em razão da violência na Colômbia. Ressalte-se que tanto os pressupostos quanto o conceito do ECI foram evoluindo ao

⁶⁸ DANTAS; Eduardo Sousa. **Ações Estruturais, Direitos Fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. 2017. p. 02/03.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia SU 559**. 1997. p. 01.

⁷⁰ RÍOS; Luis Carlos Alzate. **EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL**. 2002. p. 01.

longo da história, contudo, foi nesse caso de deslocamento forçado que a Corte colombiana delineou mais especificamente o conceito e os pressupostos dessa técnica.⁷¹

Como dito, o conceito de ECI evoluiu com o tempo, sendo que a Corte Constitucional colombiana foi a principal responsável em permitir a delimitação desse instituto o qual passou a ser uma ferramenta usada pelas Cortes para declarar uma realidade contrária àquela prevista pelas normas constitucionais, possibilitando a tomada de decisões com o objetivo de reverter o quadro inconstitucional.⁷²

Nesse sentido, Garcia Jaramillo aduz o seguinte:

“La doctrina de creación jurisprudencial del Estado de cosas inconstitucional surgió como respuesta judicial a la necesidad de reducir, em casos determinados, la dramática separación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social en un país tan particularmente garantista em sus normas como desigual em su realidad.

(...)

La Corte estructuró dicha doctrina para juzgar, no um acto del Estado o de alguno de sus órganos, sino para juzgar una realidad. Dicha doctrina parte de confrontar la realidad con un juicio normativo y concluye si está ante situaciones que no son compatibles con la Constitución.”⁷³

Em relação à conceituação do ECI, Blanca Raquel destaca que:

“Um Estado de coisas inconstitucional é uma figura de caráter processual e de vocação oficiosa, para a defesa objetiva de direitos humanos, a fim de resolver casos em que se apresenta uma violação sistemática de direitos fundamentais de um grupo significativo de pessoas, cujas causas guardam relação com falhas sistemáticas ou estruturais e com políticas públicas, onde se requer envolver a todos os órgãos públicos necessários e adotar medidas de caráter impessoal que tendem a superar esse status quo injusto, e no qual o juiz constitucional mantém a competência para vigiar o cumprimento da decisão.”⁷⁴

⁷¹ CAMPOS; Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2016. p. 142.

⁷² Ibid., p. 185.

⁷³ JARAMILLO; Leonardo Garcia. **Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre o ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario**. 2015. p. 188/189.

⁷⁴ CÁRDENAS, Blanca Raquel. Apud. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2016, p. 187.

Com base nas decisões da Corte colombiana, nas quais se declararam o ECI, bem como nas análises feitas por doutrinadores colombianos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos define esse instituto como uma:

“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.”⁷⁵

Diante das definições dadas ao ECI, verifica-se que tal instituto exige uma análise rigorosa da situação em que se denota a violação dos direitos fundamentais, de forma que, para se declarar um ECI, é necessário a identificação de alguns pressupostos, visando evitar que as decisões tomadas pela Corte não sejam excessivas e acabem ferindo princípios do Estado democrático de direito, como a separação dos três poderes, já que em uma situação de declaração de um estado inconstitucional de coisas, o Judiciário determina ações específicas ao entes do Legislativo e do Executivo, interferindo, sem dúvidas, na dinâmica de atuação desses.⁷⁶

Em relação aos pressupostos, tem-se que a já citada sentença T-025 de 2004 foi o marco de desenvolvimento da técnica em questão, sendo que foi nesse importante caso de deslocamento forçado de colombianos em situação vulnerável que se definiu os pressupostos do instituto. Em referida sentença, a Corte determinou que os fatores que definem a existência de um ECI são:

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción

⁷⁵ CAMPOS; Carlos Alexandre de Azevedo; **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2016. p. 187.

⁷⁶ *Ibid.*, p.179.

de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”⁷⁷

Carlos Alexandre, por sua vez, entende ser apenas 4 os pressupostos do ECI, tendo em vista a importância de tal técnica que, para ele, exige uma rigorosidade que deve ser mais acentuada. O **primeiro pressuposto** trazido pelo referido autor é a identificação de um quadro de violação massiva e contínua de diversos direitos fundamentais de um número elevado e indeterminado de pessoas.⁷⁸ Para explicar melhor esse primeiro pressuposto, Carlos destaca que:

“(i) não se trata de violação a qualquer norma constitucional, mas apenas àquelas relativas, direta ou indiretamente, a direitos fundamentais, e não basta qualquer violação de direitos, mas apenas aquela espacial e qualitativamente massiva, sistemática e contínua; (ii) não basta o envolvimento de um direito fundamental específico, e sim de uma variedade desses (liberdades fundamentais, direitos sociais e econômicos, dignidade humana, mínimo existencial); (iii) não se trata de violações que alcancem populações locais ou restritas, e sim número elevado e amplo de pessoas e grupos, máxime, minorias e grupos vulneráveis.”⁷⁹

O **segundo pressuposto** é a existência de uma omissão dos entes públicos na tomada de decisões e proteção dos direitos fundamentais, pois, em uma análise empírica, verifica-se que é em razão dessa omissão estatal que é gerado o ECI, sendo que a inércia do Estado na promoção e na realização de medidas legislativas e administrativas que tutelam direitos fundamentais deve ser considerada uma falha estrutural oriunda da falta de coordenação entre os próprios entes estatais.⁸⁰

Imperioso se faz ressaltar que, como já dito, no início deste trabalho, em relação ao estudo do ECI, se trabalha com a concepção de que a omissão inconstitucional estatal não se refere aos casos de omissões a preceitos puramente normativos, mas trata-se de uma omissão do direito em concreto, da inobservância prática ou da falha na promoção de um direito fundamental.

O **terceiro pressuposto** é a identificação da necessidade de se usar remédios estruturais constitucionais para a reversão do estado inconstitucional, ou seja, haverá um ECI se a situação em questão exigir, para que cesse a violação a direitos

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentença T-025**. 2004. p. 01.

⁷⁸ CAMPOS; Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2016. p. 180.

⁷⁹ Ibid., p. 180.

⁸⁰ Ibid., p. 181.

fundamentais, a atuação de todos os entes estatais na promoção e realização de políticas públicas.⁸¹

Verifica-se que esse terceiro pressuposto está diretamente ligado ao segundo, pois os remédios estruturais são necessários a partir do momento em que se identifica as falhas estruturais que envolvem a omissão de várias autoridades e órgãos públicos.

O **quarto e último pressuposto** é a existência de um “congestionamento” de causas judiciais, em outras palavras, quer dizer que é necessário que haja um número considerável de demandas judiciais propostas pelos afetados na violação de direitos fundamentais, ficando a Corte responsável pela resolução dessas demandas, de forma que, por meio da declaração do ECI, seja resolvido de uma só vez. Contudo, Carlos Alexandre destaca que esse pressuposto se mostra mais conveniente em países onde a jurisdição constitucional seja mais acessível à população, como é o caso da Colômbia.⁸²

Frisa-se que a rigorosa identificação dos pressupostos mencionados acima é imprescindível ao reconhecimento do ECI.

As críticas ao ECI são basicamente as mesmas lançadas sobre o ativismo judicial (estudado no 1ª capítulo deste trabalho), até porque a declaração do ECI nada mais é do que uma forma ativista da Corte reconhecer um quadro grave de violação massiva a direitos fundamentais. Tais críticas se resumem, portanto, em objeções de ordem democrática e institucional.

Quanto à objeção de ordem democrática, na qual se afirma que o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para intervir em políticas públicas, tendo em vista que seus membros não foram eleitos por voto popular, tem-se que tal argumento não prospera, pois a democracia não significa apenas a escolha da maioria, mas é também a proteção a direitos fundamentais, essencial para um estado democrático de direito. Assim, em uma situação de omissão estatal, onde a atuação do judiciário seja a única saída para reverter um quadro de violação massiva a direitos fundamentais, é dever do judiciário intervir na realização e implementação de políticas públicas a fim de tutelar tais direitos, de forma que, ao contrário do que propõe tal crítica, a atuação do Poder Judiciário estará reafirmando a democracia, especialmente quando se tratar de direitos fundamentais de minorias, como é o caso dos presos, pois

⁸¹ CAMPOS; Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2016. p. 183.

⁸² *Ibid.*, p. 185.

em um estado democrático de direito é dever do Estado, o qual é representado pelos Três Poderes, a tutela de direitos fundamentais.⁸³

Em relação à segunda crítica, na qual se afirma que o Poder Judiciário não teria capacidade para lidar com a resolução dos problemas apresentados em um ECI, pois é desprovido de conhecimentos sobre políticas públicas, tal argumento também não prospera, uma vez que no ECI a forma dialógica com a qual o Judiciário deve atuar, permite à Corte a possibilidade de trabalhar em conjunto com os demais órgãos do Estado para que, juntos, encontrem soluções para os problemas apresentados, de forma que cada órgão estatal atuará em sua especialidade, devendo haver, posteriormente, uma fiscalização do judiciário a fim de verificar o cumprimento das decisões tomadas.⁸⁴

Diante disso, verifica-se que as objeções dispensadas ao ECI encontram respostas no constitucionalismo dialógico, pois tal técnica exige da Corte decisões flexíveis, as chamadas sentenças estruturais, as quais devem ser baseadas no diálogo e cooperação entre os diversos Poderes estatais, a fim de que se alcance a reversão do quadro inconstitucional com a participação de todos os Poderes do Estado, evitando a supremacia de um sobre o outro e reafirmando o Estado democrático de direito na proteção dos direitos fundamentais.

4.2 A discussão do ECI perante o STF: fundamentos e pedido na ADPF 347.

Primeiramente, imperioso se faz esclarecer que a omissão inconstitucional da qual iremos falar não se refere à mera omissão de preceitos normativos, ou seja, descumprimento de dispositivo constitucional que contenha norma explícita, mas partiremos do pressuposto de que a omissão constitucional, como é vista por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, pode se dar também por parâmetros de categoria material, ou seja, ainda que haja leis e preceitos normativos garantindo determinado direito fundamental ou social, este por sua vez pode não ser gozado na prática, em razão de falhas estruturais dos Poderes estatais que levam à inexecução ou até

⁸³ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 19.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 20.

mesmo à ausência de políticas públicas que o garantem, configurando, dessa maneira, uma omissão inconstitucional.⁸⁵

Assim, nas palavras de referido autor:

“Verificada a falta de políticas públicas ou a deficiência dessas, que impliquem a inobservância do mínimo existencial, estará configurada a omissão normativa inconstitucional independentemente da estrutura semântica do enunciado constitucional correspondente.”⁸⁶

Diante dessa concepção, temos que a intervenção do STF se justifica pela existência de um quadro real e atual de tutela estatal deficiente de direitos fundamentais, uma vez a crise no sistema prisional brasileiro é oriunda de uma falta de coordenação dos Poderes estatais que resulta na falha e ausência de políticas públicas para a melhoria do sistema carcerário do país, de forma que essa omissão estatal configura, sem dúvidas, uma inconstitucionalidade por omissão.⁸⁷

Nesse sentido, Carlos Alexandre afirma que:

“Muitas vezes, há lei e iniciativas administrativas para cumprimento dos comandos legais em favor da realização de direitos constitucionais, porém o resultado é píffio, revelando-se a insuficiência na proteção estatal. A omissão não seria tanto por conta da falta de lei, e sim da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais, o que resulta, em última análise, na insuficiência da atuação da norma constitucional de direitos regulada e cuja concretização se impõe. Tal situação, em muitos casos, mostra-se insistente, não demonstrando o Legislativo e o Executivo capacidade institucional e disposição política para revertê-la. A omissão, implicando proteção deficiente de direitos fundamentais, caracteriza-se como um quadro permanente de **falhas estruturais**.”⁸⁸

A grande questão é que essas falhas estruturais podem ensejar um quadro negativo extremo, legitimando, assim, uma intervenção judicial, de forma que, ao se identificar uma violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, em razão de falhas estruturais, a inconstitucionalidade por omissão dá lugar ao ECI⁸⁹, como ocorreu no caso do sistema prisional brasileiro.

⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; **Estado de Coisas Inconstitucional**, 2016, p. 20.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 73.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 57.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 58.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal declarou pela primeira vez a existência de um ECI na ADPF de nº 347, proposta pelo partido PSOL. Referida ação denunciou a precária e vergonhosa situação dos presídios brasileiros, bem como a política criminal no Brasil, requerendo a declaração do ECI em relação ao sistema carcerário, justificando que tal situação é decorrente de omissões estatais e da falta de coordenação nas ações dos Poderes Públicos.

Na petição inicial, o autor relatou a atual situação do sistema prisional brasileiro, definindo os presídios como verdadeiros “infernos dantescos”, denunciando a precária situação em que vivem os detentos, afirmando que:

“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.”⁹⁰

As celas super lotadas, pessoas dormindo umas em cima das outras, proliferação de doenças contagiosas, falta de acesso à educação, à saúde e à justiça, alimentação inadequada, violações que se agravam quando se tratam de minorias dentro das prisões como mulheres, homossexuais e pessoas com deficiências⁹¹, todos esses motivos foram apontados na sustentação oral feita pelo professor Daniel Sarmiento durante o julgamento das medidas cautelares da ADPF 347.

O Brasil possui mais de 600.000 presos, sendo que o que mais assusta é a forma como esse número vem crescendo, mais de 7% ao ano, tendo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, caminhando para se tornar a terceira. De fato, a Constituição do nosso país está sendo violada em vários âmbitos, contudo, nenhum outro campo se compara à violação de direitos constitucionais apontada no caso dos

⁹⁰ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 02.

⁹¹ SARMENTO; Daniel Antônio de Moraes. **Sustentação Oral** – Daniel Sarmiento. STF. Brasília. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kuA1BNi67-o>> Acesso em: 28/06/2018.

presídios do país, sendo que, desde a escravidão, não se identificou maior violação a direitos humanos no território brasileiro.⁹²

Esse cenário dos presídios brasileiros relatado na petição inicial da ADPF demonstra a grande incompatibilidade da realidade com a Constituição da República, constatando um problema sistêmico decorrente de diversos atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, de forma que a magnitude e gravidade do problema identificado, bem como a insuficiência administrativa e política revelam a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, especialmente enquanto guardião da Constituição.⁹³

Nesse contexto, verificou-se que a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, era o caminho ideal para enfrentamento do problema referente à crise do sistema carcerário, sendo que encontravam-se presentes os requisitos para o cabimento de referida ação, quais sejam (1) que exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (2) causada por ato dos Poderes Públicos, e (3) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça.⁹⁴

Em relação ao primeiro requisito, não há dúvidas de que existe uma lesão a preceitos fundamentais, pois a situação dos presídios brasileiros viola gravemente a dignidade da pessoa humana dos detentos, prevista no art. 1ª, III, da Constituição. Além disso viola inúmeros outros direitos fundamentais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante, a proibição de sanções cruéis, a garantia de respeito à integridade física e moral do preso, o direito de acesso à Justiça, o devido processo legal, a presunção de inocência, todos previstos no artigo 5º da Constituição, bem como os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança previstos no artigo 6º da Carta Magna.⁹⁵

No que tange ao segundo requisito, tem-se que a crise do sistema prisional brasileiro é oriunda de atos omissivos e comissivos dos três Poderes. Administrativamente o Estado contribui com a lesão aos direitos do presos quando, por exemplo, não dispõe de um número de vagas correspondente ao número de detentos, provocando a superlotação; quando deixam de tomar decisões

⁹² SARMENTO; Daniel Antônio de Moraes. **Sustentação Oral** – Daniel Sarmiento. STF. Brasília. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kuA1BNi67-o>> Acesso em: 28/06/2018.

⁹³ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 15.

⁹⁴ Ibid., p. 15.

⁹⁵ Ibid 16.

imprescindíveis à tutela da segurança física dos presos, face à violência ocorrida dentro dos presídios; quando não possibilitam o devido acesso à jurisdição, à saúde, alimentação, educação, ao trabalho e à assistência material aos presos ou quando aplicam sistematicamente punições administrativas sem o devido processo legal aos detentos. Além disso, a maior parte dos recursos disponíveis no FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) não é efetivamente gasta, havendo um contingenciamento de R\$2,2 bilhões.⁹⁶

O poder Legislativo tem sua parcela de culpa à medida em que os legisladores vêm implementando políticas criminais extremamente incompatíveis com a situação dos presídios brasileiros, as quais contribuem com a superlotação carcerária e em nada contribuem para a segurança da população.⁹⁷

Por sua vez, o Poder Judiciário corrobora com o agravamento das violações aos direitos dos presos quando se omite na aplicação dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, os quais garantem direitos humanos e fundamentais, sendo que a aplicação desses artigos colaboraria com a redução da superlotação carcerária e evitaria restrições imotivadas à liberdade de réus em processos que não houve o trânsito em julgado da sentença. Além disso, prevalece no judiciário brasileiro a cultura da prisão, na qual os juízes têm como regra a punição de pena restritiva de liberdade, mesmo em casos em que se cabe penas diversas ou multa.⁹⁸

Quanto ao terceiro e último requisito, o da inexistência de outro instrumento apto a sanar a lesão ou ameaça, afirmou-se na petição inicial da ADPF 347 que:

“Na hipótese, não há qualquer outro instrumento no âmbito do controle abstrato de normas que possa sanar as lesões a preceitos fundamentais antes ressaltadas. Afinal, não se discute nesta ação a inconstitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição, nem tampouco alguma omissão legislativa inconstitucional. No arsenal de instrumentos disponíveis na jurisdição constitucional concentrada, não há nenhum outro instrumento, além da ADPF, que se preste a atingir os objetivos colimados nesta inicial.”⁹⁹

Assim, restaram demonstrados os fundamentos de fato e de direito que sustentaram a petição inicial na ADPF de nº 347.

⁹⁶ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 16.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 18.

Considerando a extrema gravidade do quadro apresentado em relação ao nosso sistema carcerário, reconheceu-se a importância da intervenção do STF nesse caso, admitindo-se que o estudo de algumas normas jurídicas, bem como a aplicação e interpretação de outras normas não poderiam solucionar o problema, tendo em vista a magnitude do mesmo, justificando, portanto, o pedido de declaração do ECI.

O professor Daniel Sarmento, em sua sustentação oral, destacou alguns exemplos no direito comparado em que, em situações semelhantes, adotaram-se decisões complexas, como no caso de dessegregação racial nos EUA, como já falado, e, principalmente, as decisões da Corte Colombiana, da qual surgiu o instituto do ECI.¹⁰⁰

Na petição inicial da ADPF foram apresentados os pressupostos jurídicos do ECI, tendo sido demonstrado estarem presentes tais pressupostos no caso do sistema penitenciário brasileiro como (i) a existência de um quadro grave de violação massiva a direitos fundamentais, dando ênfase à superlotação, situação dos presos provisórios, o acesso à justiça, infraestrutura, organização e pessoal dos presídios, assistência material ao preso, assistência à saúde, à educação, trabalho do preso, tortura, sanções ilegítimas e uso de força, mulheres encarceradas, população prisional e sobre o uso do fundo penitenciário nacional; (ii) a omissão das autoridades membros do poder executivo, legislativo e também do judiciário, bem como os atos descoordenados destes como sendo a causa do ECI; (iii) a demonstração da possibilidade de se reverter o quadro inconstitucional por meio de medidas que deverão ser cumpridas por órgãos dos três poderes, buscando em conjunto a melhoria do sistema carcerário.¹⁰¹

Na petição inicial, defendeu-se que, por meio da declaração do ECI, a Corte poderia determinar aos Poderes Legislativo e Executivo que deliberassem e tomassem medidas com urgência sobre a reversão do quadro de violação massiva dos direitos fundamentais dos presos, ficando a Corte responsável por supervisionar o cumprimento dessas medidas. O autor da petição frisou que, em razão do amplo poder de intervenção conferido ao judiciário na declaração do ECI, é necessário que tal técnica seja usada apenas em casos excepcionais, devendo ser rigorosamente

¹⁰⁰ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 07.

¹⁰¹ CAMPOS; Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2016. p. 285.

respeitados seus pressupostos, afirmando que na situação do sistema prisional brasileiro estão presentes todos os pressupostos.¹⁰²

O autor destacou também o contingenciamento de verbas do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), fundo destinado ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro, denunciando que a maior parte dos recursos disponíveis não é efetivamente gasta, havendo um contingenciamento de R\$2,2 bilhões, sendo verificado que no ano de 2013 apenas 20% dos recursos desse fundo foram efetivamente utilizados. Argumentou que o excesso de rigidez e de burocracia da União para a liberação de referidos recursos aos demais entes federativos é um dos principais motivos da situação precária que se encontra os presídios do país.¹⁰³

Em que pese a situação calamitosa apresentada na inicial, foram apresentadas também propostas de medidas para que o STF imponha aos Poderes públicos com o objetivo de transformar a realidade. Tais propostas foram: a elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial; a realização das audiências de custódia; que os juízes passem a considerar o estado de coisas inconstitucional na decisão sobre a prisão provisória, dando a devida fundamentação nas decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão; e que os juízes passem a considerar o estado de coisas inconstitucional na aplicação e execução da pena.¹⁰⁴

Em sede de medida cautelar, pediu-se: (1) a determinação a todos os juízes e tribunais que justifiquem expressamente as razões que impedem a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, nas hipóteses em que se decretar ou manter a prisão provisória; (2) a determinação a todos os juízes e tribunais para que adotem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; (3) a determinação a todos os juízes e tribunais do Brasil que, quando estiverem por decidir sobre concessão de cautelares penais, aplicação de pena, bem como durante o processo de execução penal, passem a considerar justificadamente a realidade do sistema prisional brasileiro; (4) que os juízes brasileiros, sempre que possível, apliquem penas alternativas à prisão,

¹⁰² STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 08.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 50/51.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 52/68.

considerando que o cumprimento de pena em presídios tem sido muito mais severo do que aquele previsto em lei, em razão da realidade fática exposta na inicial; (5) a determinação aos juízes da execução penal o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos quando verificarem as condições de cumprimento da pena mais severa do que as previstas em lei; (6) seja reconhecido que o juiz da execução penal tem o poder-dever de abater o tempo de prisão da pena, caso se verifique que a pena já cumprida se deu em condições muito mais severas do que a prevista em lei; (7) seja determinado ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, com o intuito de possibilitar a revisão de todos os processos de execução penal em curso no país referente à pena privativa de liberdade, adequando-os às medidas já requeridas acima; (8) Determine o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, e impeça a União de realizar novos contingenciamentos.¹⁰⁵

No mérito, pediu-se a confirmação das medidas cautelares, e: (1) a declaração do ECI do sistema prisional no Brasil; (2) a determinação ao Governo Federal para que realize e envie ao STF, em prazo máximo de 3 meses, um plano nacional, com o objetivo de superar o quadro de violação massiva aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, em 3 anos; (3) que o plano nacional seja submetido 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 desejam opinar, bem como a população, por meio de audiências públicas; (4) que seja feito um debate sobre o Plano Nacional, a fim de homologá-lo ou colocar medidas diversas ou complementares, que o STF achar importantes para o alcance da resolução do problema, sendo que a Corte poderá ser auxiliada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; (5) determinação ao governo dos Estados e do Distrito Federal que realize e mostre ao STF, em 3 meses, um plano estadual ou distrital, que seja compatível com o Plano Nacional homologado, contendo objetivos e medidas específicas para a reversão do quadro inconstitucional na unidade federativa específica, em 2 anos no máximo, sendo que os planos estaduais e distrital deverão referir-se aos elementos contidos no item 'c' da petição;

¹⁰⁵ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 69/70.

(6) que os planos estaduais e distrital seja submetido 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 opinar, bem como à opinião pública por meio de audiências públicas que deverão ser realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo haver diligências a juízes auxiliares ou a magistrados dos respectivos locais; (7) deliberação sobre os planos estaduais e distrital, a fim de homologá-los ou colocar medidas diversas ou complementares, que o STF achar importantes para o alcance da resolução do problema na respectiva unidade federativa, sendo que a Corte poderá ser auxiliada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; (8) monitoramento da implementação do Plano Nacional, dos planos estaduais e do distrital, com a ajuda do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo que permita a participação da população.¹⁰⁶

Em relação à elaboração do plano nacional o autor da petição inicial destacou que:

“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

¹⁰⁶ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 70/72.

cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.”¹⁰⁷

Em 09/09/2015¹⁰⁸, a medida cautelar foi julgada, tendo sido redigida a seguinte ementa:

“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.”¹⁰⁹

No julgamento da medida cautelar, foi dada procedência parcial aos pedidos, tendo sido deferido, por maioria e nos termos do voto do relator Ministro Marco Aurélio, o pedido da alínea “b”, para que fosse determinado a todos os juízes e tribunais que adotassem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que os presos passassem a ser apresentados aos juízes no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento em que ocorreu a prisão. Foi deferido também o pedido da alínea “h”, para que fosse determinado o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e que a União fosse impedida de realizar novos

¹⁰⁷ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 71.

¹⁰⁸ STF; **Acompanhamento Processual**. ADPF 347. p. 01.

¹⁰⁹ STF; ADPF 347. **Acórdão**. Julgamento Medida Cautelar. 2015. p. 03.

contingenciamentos. Os demais pedidos da medida cautelar foram indeferidos por maioria. Ainda, por maioria dos votos, o Tribunal deferiu a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso para concessão de cautelar de ofício para que determinasse à União e aos estados, e especificamente ao estado de São Paulo, que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.¹¹⁰

A maioria dos ministros, no julgamento da medida cautelar, reconheceu expressamente a existência de um ECI, sendo que todos admitiram a necessidade de intervenção do Supremo ante a situação de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais dos presos.¹¹¹ O relator da decisão destacou, no mesmo sentido da petição inicial, as diversas violações ocorridas em relação aos direitos fundamentais dos presos. Reconheceu que a falha estrutural e histórica do Estado é a causa do quadro inconstitucional verificado, sendo que, diante desse quadro, a atuação conjunta e coordenada do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, em cada unidade federativa, bem como na União e no Distrito federal, com o auxílio dos órgãos e entidades públicas, seria a única opção que traria um resultado efetivo e notório para solucionar o problema referente ao sistema prisional brasileiro.¹¹²

O ministro relator da decisão, ao falar sobre a responsabilidade do Estado em relação à situação dos presídios brasileiros, aduziu que, em razão da inércia dos poderes Legislativo e Executivo, a qual é a grande causadora do quadro inconstitucional do sistema carcerário, torna-se dever do Supremo tomar medidas com o objetivo de reverter esse quadro, tendo o Tribunal “*o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados.*”¹¹³

Em relação às críticas sobre a possibilidade da atuação do Poder Judiciário violar o princípio dos três Poderes, o relator aduziu que:

“Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

¹¹⁰ STF; ADPF 347. **Acórdão**. Julgamento Medida Cautelar. 2015. p. 04/05.

¹¹¹ CAMPOS; Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2016. p. 290.

¹¹² STF; ADPF 347. Op. Cit. p. 10.

¹¹³ Ibid., p.31.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal.”¹¹⁴

Deve ser ressaltado que, em que pese o relator ter justificado a atuação acentuada do Tribunal, afirmando que este seria o único capaz de mudar o quadro de violação massiva aos direitos fundamentais dos presos, o ministro Marco Aurélio reconheceu também que o poder Judiciário teve sua parcela de culpa na instauração do ECI no sistema prisional brasileiro. Isso porque, aproximadamente, 41% dos presos estão em situação de prisão provisória, sendo que, segundo pesquisas, a maioria desses presos seriam absolvidos ou conseguiriam penas diversas da privação de liberdade, caso seus processos fossem julgados. Além disso, há uma enorme falha na assistência judiciária, pois em mutirões realizados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), constatou-se que um elevado número de presos já tinha cumprido a pena a eles imposta, contudo, continuavam presos em razão da inobservância de seus processos pelas autoridades judiciais, bem como pela ausência ou falha na assistência judiciária.¹¹⁵

Assim, ao identificar e relatar a falha na atuação dos três Poderes, o relator afirmou a existência de uma “falha estatal estrutural”, afirmando que a responsabilidade do Poder Público é sistêmica e revela a grande deficiência nas ações estatais, sendo que as leis vigentes não conduzem à real proteção dos direitos fundamentais dos presos e as políticas públicas existentes mostram-se ineficazes e incapazes de reverter o quadro de violação sistemática, afirmando que os três Poderes são responsáveis pela grave situação.¹¹⁶

4.3 Os efeitos do reconhecimento de um ECI: limites e possibilidades de uma sentença estrutural.

Como já dito, o ECI foi declarado pela primeira vez na Colômbia, na sentença T-025 de 2004, na qual a Corte colombiana, após identificar milhares de ações envolvendo famílias vítimas da violência no país, declarou que a violação dos direitos

¹¹⁴ STF; ADPF 347. **Acórdão**. Julgamento Medida Cautelar. 2015. p. 13.

¹¹⁵ Ibid., 10.

¹¹⁶ Ibid., p.10.

dessas milhares de pessoas deslocadas forçadamente constituía um “estado de coisas inconstitucional”, reconhecendo que a situação tratava-se de um problema sistêmico.¹¹⁷

A Corte colombiana, ao admitir a situação e verificar que o Estado precisava de uma política forte e coordenada para assistir as pessoas deslocadas, sendo que não tinham informações certas a respeito da quantidade de pessoas deslocadas e sabiam que o saldo orçamentário não seria suficiente para resolver o problema, ordenou diversas medidas estruturais a fim de reverter o quadro de violações aos direitos dos deslocados, sendo que as medidas tomadas estão sendo cumpridas até hoje, em razão de serem resultado de uma sentença estrutural.¹¹⁸

Como se vê na sentença T-025, a declaração do ECI denuncia um problema de ordem estrutural, pois identifica uma falha de grande magnitude ocasionada pela falta de coordenação ou inércia de agentes legislativos, executivos e judiciários. Diante disso, é fácil de se concluir que um problema de ordem estrutural exige uma resolução também estrutural, oriunda de uma decisão com poderes amplos e que seja capaz de atingir todas as falhas e omissões encontradas, a fim de que se alcance uma solução eficaz para a demanda.

Nesse contexto, imperioso se faz o estudo das chamadas sentenças estruturais, as quais têm origem nas demandas ou “litígios estruturais” que são ações de litígio público que objetiva a pretensão de direitos constitucionais para um número grande e indeterminado de pessoas e que geralmente resultam em decisões de ordem complexa voltadas a transformar instituições governamentais para alcançar a satisfação da pretensão jurídica da respectiva demanda.¹¹⁹

Para Garavito e Franco, os litígios estruturais abrem as portas para uma discussão sobre exclusões na sociedade. Os autores definem os casos de litígios estruturais como aqueles que:

“1. afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos; 2. involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos, y que 3. implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada

¹¹⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión:** El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. 2015. p. 18.

¹¹⁸ Ibid., p. 19.

¹¹⁹ Ibid., p. 188.

a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes específicos del caso (Chayes, 1976; Sabel y Simon, 2004).”¹²⁰

Para Abram Chayes, no litígio público os juízes devem fazer parte da constituição e implementação de políticas públicas, agindo de forma ativista, não podendo se conformar com o comportamento passivo esperado dos juízes.¹²¹ Em demandas de ordem estrutural que envolvam direitos fundamentais, o judiciário deve buscar, em primeiro lugar, a solução do problema, devendo, se for necessário, interferir na dinâmica de atuação dos legisladores e dos administradores estatais, por meio das chamadas sentenças estruturais.

O primeiro caso considerado um litígio estrutural, o qual gerou uma sentença estrutural, foi o caso *Brown vs. Board of Education (Brown II)*, nos Estados Unidos. Nele, discutiu-se sobre a política de segregação nas escolas de ensino fundamental, sendo que a Suprema Corte norte-americana concluiu que a implementação da ordem de não segregação de crianças negras nas escolas deveria se dar de forma gradativa, adotando-se, progressivamente, medidas que suprimissem os bloqueios e dificuldades geradas pela discriminação racial, sob a supervisão das cortes locais. Assim, a Suprema Corte, ao considerar as dificuldades enfrentadas pela realidade do caso, concluiu pela impossibilidade da imediata resolução do problema, optando pela mudança progressiva, por meio da criação de planos que incluíssem a atuação de agentes públicos, sendo que sua execução seria fiscalizada pelo Poder Judiciário, com o objetivo de se alcançar a erradicação da discriminação racial nas escolas.¹²²

Como se nota do caso supramencionado, as questões referentes a esse tipo de litígio relacionam-se a valores amplos da sociedade, no sentido não somente de que há diversas pretensões concorrentes, mas também de que na respectiva decisão judicial se atingirá a esfera jurídica de muitas pessoas ao mesmo tempo em relação a direitos fundamentais.¹²³

As sentenças estruturais, oriundas dos litígios estruturais, são, portanto, decisões flexíveis dos Tribunais que determinam, na maioria das vezes, a criação de planos estruturais, pois se entende que o resultado pretendido será alcançado

¹²⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión**: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. 2015. p. 21.

¹²¹ STF; ADPF 347. **Petição Inicial**. 2015. p. 188.

¹²² ARENHART; Sérffio Cruz. **Decisões Estruturais No Direito Processual Civil Brasileiro**. 2015. p. 06/07.

¹²³ *Ibid.* p. 06.

somente por meio de medidas a serem tomadas progressivamente, aos poucos e com o auxílio e a cooperação de diversos órgãos estatais, porquanto impossível o alcance de um resultado efetivo e imediato que garanta a resolução do problema de tamanha magnitude.

Nesse sentido, Arenhart preceitua que:

“pode a sentença delegar a execução ou a fiscalização do julgado a outros órgãos, criar etapas para o cumprimento da ordem judicial, nomear terceiros encarregados de esboçar plano de cumprimento, ou adotar outras providências que a situação concreta requeira. Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer, desde logo, um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional.”¹²⁴

Necessário se faz frisar que as sentenças estruturais, ao determinarem a criação de planos estruturais a órgãos estatais, bem como a execução de referidos planos a agentes do Legislativo e/ou do Executivo, devem se dar de forma dialógica, ou seja, não se trata da imposição ou determinação da vontade da Corte sobre os legisladores e os administradores, mas de um trabalho em conjunto, possibilitando a criação coordenada entre os Poderes de medidas capazes de solucionar a demanda, de forma que haja uma cooperação entre os entes do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que este terá o poder-dever de decidir e coordenar todas as decisões a serem tomadas.

Para Garavito e Franco, a jurisprudência da Corte colombiana, principalmente em relação à sentença T-025, nos dá uma visão privilegiada a respeito do ativismo judicial dialógico, especialmente no que se refere às sentenças estruturais e seus efeitos, pois, em razão das experiências já vividas em casos passados semelhantes, no caso do deslocamento forçado, a Corte colombiana tomou medidas para assegurar a eficácia das decisões, passando a monitorar as providências adotadas pelo Governo, realizando audiências públicas com a presença das autoridades envolvidas

¹²⁴ ARENHART; Sérffio Cruz. **Decisões Estruturais No Direito Processual Civil Brasileiro**. 2015. p. 13.

e de agentes da sociedade civil, onde deliberaram sobre a adequação e o aperfeiçoamento das políticas públicas formuladas.¹²⁵

Ao determinar a constituição de políticas e convocar audiências públicas periódicas para discuti-las, o Tribunal colombiano estabeleceu um procedimento para implementação progressiva, baseado no diálogo. Nota-se, portanto, que a combinação de remédios moderados com fortes direitos e um forte acompanhamento por meio de mecanismos específicos cria espaços para a deliberação que pode levar a alternativas inovadoras e potencialmente democráticas para a proteção judicial de direitos humanos e fundamentais.¹²⁶

Ao tratarmos dos efeitos das decisões estruturais, tendo como base a sentença T-025, Garavito e Franco afirmam que, além das conseqüências materiais diretas das medidas judiciais determinadas, que são imediatamente derivadas do cumprimento da ordem judicial, deve-se atentar para outros efeitos mais amplos, como os indiretos e os simbólicos, que são igualmente importantes.¹²⁷

Em vista dos efeitos indiretos e simbólicos, podemos ver que as decisões judiciais geram transformações sociais não apenas em relação aos indivíduos diretamente envolvidos no caso, mas também em relação à sociedade, quando contribui para a mudança das percepções da população em relação ao direito discutido. No caso da T-025, por exemplo, identificou-se a mudança da concepção da população no que tange à urgência e seriedade do deslocamento na Colômbia, deu legitimidade às reivindicações de grupos minoritários e fortaleceu o poder de barganha das ONGs e organizações internacionais de direitos humanos em face do governo colombiano.¹²⁸

Segundo Garavito e Franco, as sentenças estruturais podem ter efeitos diretos ou indiretos e materiais ou simbólicos. Os efeitos diretos são aqueles advindos das ordens do Tribunal que atinge os sujeitos envolvidos no caso, sejam os litigantes, órgãos estatais ou beneficiários da decisão. Os indiretos se referem às conseqüências que, apesar de não estarem contidas nas sentenças, são resultados da decisão da Corte, sendo que tais efeitos afetam, além das pessoas envolvidas no caso, outros agentes sociais não envolvidos. Os efeitos materiais das sentenças estruturais

¹²⁵ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión:** El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. 2015. p. 31/32.

¹²⁶ Ibid., p. 31.

¹²⁷ Ibid., p. 33.

¹²⁸ Ibid., p. 37.

relacionam-se com as mudanças tangíveis no comportamento de grupos ou indivíduos. Já os efeitos simbólicos são as mudanças de ideias, percepções e construções sociais coletivas relacionadas ao objeto da demanda judicial, resultando em transformações culturais ou ideológicas em relação aos problemas colocados pelo caso.¹²⁹

Assim, como se nota, o reconhecimento de um ECI gera, por meio da sentença estrutural, efeitos amplos que podem resultar em uma transformação social positiva a longo prazo.

¹²⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión**: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. 2015. p.38.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mostra-se fundamental o estudo feito no presente trabalho, tendo em vista a grave e devastadora crise institucional que o sistema prisional brasileiro tem vivido, na qual o principal problema identificado é a situação desumana em que se encontram os detentos.

A realidade demonstrada é preocupante, pois os presos têm diversos direitos humanos e fundamentais violados a todo momento, vivem em celas superlotadas, com proliferação de doenças infecciosas, são expostos a todo e qualquer tipo de violência, principalmente os presos de grupos minoritários, como homossexuais, mulheres e deficientes, sofrem com restrições a direitos básicos como saúde, educação e higiene e, além de tudo, não têm auxílio nenhum à ressocialização.

Como vimos, essa crise é resultado de diversos fatores que vão desde a remota cultura punitivista da sociedade, oriunda da influência religiosa predominantemente católica e protestante no Brasil, bem como das mudanças políticas ocorridas ao longo da história, as quais têm como produto uma política criminal repressiva e criminalizadora da população marginalizada, até a atual e real ausência de atuação dos entes públicos na implementação de políticas públicas para melhoria do sistema carcerário. A situação se mostra ainda mais grave frente às diversas recomendações feitas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos em desfavor do Estado brasileiro.

Um dos maiores problemas apontados no presente trabalho foi a questão do grande encarceramento. As prisões em massa, que têm ocorrido cada vez mais, demonstram a falha na política criminal brasileira, pois há o crescimento da população carcerária, contudo, não se verifica a diminuição da violência nas ruas, pelo contrário, a segurança nacional tem se mostrado cada vez mais escassa.

Tendo em vista a magnitude do problema em relação ao sistema carcerário do Brasil, verificamos que a interpretação de normas vigentes, bem como a aplicação de políticas públicas já existentes são insuficientes para alcançar a reversão do quadro identificado de violação massiva a direitos humanos e fundamentais, concluindo-se pela necessária intervenção judicial do STF.

A intervenção judicial, neste caso dos presídios, se justifica pela grave situação de omissão estatal identificada, pois vimos que, diante de uma omissão

inconstitucional de ordem estrutural que enseja a violação de direitos humanos e fundamentais, como é o caso, é necessária a intervenção do Poder Judicial para que este tome medidas estruturais, implementando políticas públicas que envolvam a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com o fim de reverter o quadro de violação desses direitos, uma vez que essa violação decorre da inércia ou da falta de coordenação desses poderes.

No que tange ao ativismo judicial, vimos ser este o ponto de partida para a declaração de um ECI, sendo que é fundamental que esse ativismo esteja pautado na lógica do constitucionalismo dialógico proposto por Gargarella, a fim de se evitar a chamada supremacia judicial, a qual é totalmente incompatível com o regime democrático de direito. O constitucionalismo dialógico deixa de lado a concepção de solução dicotômica e dá espaço a novas formas de se buscar soluções mais adequadas aos problemas de ordem democrática, por meio da prática de um diálogo entre os sujeitos envolvidos.

Abordamos o contexto histórico e apresentamos o conceito, pressupostos e críticas ao ECI, concluindo que essa técnica, frente ao quadro de violação massiva de direitos humanos e fundamentais dos presídios brasileiros, se mostra como a única saída para a reversão da situação, tendo como base decisões de Cortes de outros países, especialmente da Corte Colombiana na sentença T-025.

O ECI tem origem nos litígios estruturais ocorridos primeiramente nos EUA, em 1954, contudo, foi declarado pela primeira vez pela Corte colombiana, em 1997, sendo identificado hoje pela existência de um quadro de violação massiva de direitos humanos e fundamentais, que decorre de uma série de atos (comissivos e/ou omissivos), praticados por diversas autoridades públicas e que é agravado pela inércia reiterada das mesmas, de modo que apenas mudanças estruturais da atuação dos entes públicos podem transformar a situação inconstitucional criada.

Os pressupostos caracterizadores do ECI são: (I) um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais que atinge um grande número de pessoas; (II) omissão reiterada e/ou incapacidade das autoridades públicas na tomada de decisões e na proteção de direitos humanos e fundamentais; e, (III) a necessidade da atuação de uma pluralidade de órgãos e entidades públicas para se alcançar as mudanças pretendidas.

As críticas ao instituto do ECI são de ordem democrática e institucional, as quais, como demonstrado, encontram respostas no constitucionalismo dialógico.

Uma das principais abordagens do presente trabalho foi as motivações da provocação do STF na ADPF de nº 347, uma vez que o estado calamitoso do sistema carcerário brasileiro é o fundamento fático para a propositura de referida ação, sendo que restou demonstrado também a presença dos fundamentos jurídicos que ensejam a propositura da ação proposta pelo PSOL, na qual se denunciou, da maneira mais correta e louvável, a crise no sistema penitenciário, tendo como um dos principais pedidos a declaração do ECI.

No julgamento dos pedidos de medidas cautelares requeridas na supramencionada ação, foi dada a procedência parcial aos pedidos, tendo sido deferido, por maioria e nos termos do voto do relator Ministro Marco Aurélio, o pedido da alínea “b”, para que fosse determinado a todos os juízes e tribunais que adotassem imediatamente as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, respeitando a aplicabilidade dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que os presos passassem a ser apresentados aos juízes no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento em que ocorreu a prisão. Foi deferido também o pedido da alínea “h”, para que fosse determinado o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e que a União fosse impedida de realizar novos contingenciamentos. Ademais, foi reconhecida expressamente pela maioria dos ministros um ECI em relação ao sistema carcerário do país.

A constatação de um ECI enseja a necessidade de proferir decisões estruturais, uma vez que o instituto demanda o reconhecimento de um problema de ordem estrutural. A sentença estrutural, como vimos, trata-se de uma decisão flexível da Corte que pode ser tomada progressivamente, à medida em que se verifique elementos para se alcançar a solução do caso. Nesse contexto, com base nos estudos de Garavito e Franco, falamos a respeito dos efeitos dessas sentenças estruturais, podendo esses serem diretos ou indiretos e materiais ou simbólicos, de forma que quanto mais amplos seus efeitos, maior a eficácia da sentença proferida.

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a crise no sistema penitenciário brasileiro é um problema sistêmico que exige medidas sérias e urgentes a serem tomadas, sendo que a declaração do ECI pelo STF, por meio da ADPF de nº 347, já demonstra um grande passo dado na busca para a reversão desse quadro de crise, o qual envolve a violação aos direitos humanos e fundamentais dos presos.

É necessário que haja uma mudança institucional que comece dos entes públicos, na atuação dos agentes administrativos, legislativos e judiciários, tendo estes o poder-dever de, ao menos, cumprirem os preceitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Ademais, esperamos que haja uma transformação, mesmo que a longo prazo, na concepção de punição da sociedade, permitindo uma reconstrução da política criminal do nosso país, para que a própria população não promova um Estado punitivista.

O Estado deve buscar formas de punições educativas e alternativas à restrição de liberdade, devendo as prisões serem usadas somente em casos rigorosamente justificados, bem como tem a obrigação de garantir a devida ressocialização dos presos, sendo que a população deve estar ciente da importância da reinserção do indivíduo na sociedade.

É preciso mudar o senso comum de que os presos são todos estupradores e assassinos, que não são merecedores de qualquer tipo de direitos. Na crise do sistema prisional ora abordada, como motivos ensejadores de tal situação, não se verifica apenas falhas e omissões do Poder Público, mas também a falta de amor e empatia das pessoas, uma ignorância sustentada pela ausência de compaixão que tem se esparramado cada vez mais, especialmente com a ajuda dos programas de televisão sensacionalistas que incitam no público um sentimento de impunidade, gerando na maioria das pessoas uma “sede de vingança”. A ninguém mais interessa a proteção à dignidade dos presos.

O renomado jurista Francesco Carnelutti, há alguns anos, reconheceu essa deficiência do amor em nós, mas reconheceu também a necessidade de se extrair, do pouco de amor que nos resta, a compaixão aos presos, senão vejamos:

“Débil está em nós o juízo, mas frágil também o amor. Se não fosse esta debilidade, Cristo não teria tido razão de vir à terra. Na melhor das hipóteses cada um de nós tem no coração uma dose mínima de amor. Cada um de nós é uma chamazinha de pavio fumegante; antes que nos outros, é em nós que a chamazinha deve ser reavivada. Cristo nos ensinou que os pobres vieram ao mundo por isto. Quando, no sermão do juízo final, se identificou com eles, dizendo que o bem feito ao faminto, ao sedento, ao despido, ao peregrino, ao enfermo ao preso é feito a Ele, identificou no pobre um enviado de Deus. Enviado para qual fim? Ao fim, precisamente, de nos ensinar a amar. (...) Entre estas, a pobreza do preso é, sem dúvida, a que menos parece precisar de caridade. O preso, é preciso admitir, repugna assim como o leproso. A sua é uma pobreza oculta, em confronto com a do pobre e do enfermo; em uma observação superficial ninguém chama de pobre a um prisioneiro. A coisa muda de aspecto quando a observação aprofundada descobre no prisioneiro um necessitado de amor. Tal é a descoberta, que nos

permite passar pela experiência penal. E é uma descoberta fundamental para nossa salvação. Vêm à luz assim as raízes da pobreza e da caridade.

Quando, através da compaixão, cheguei a reconhecer nos piores dos presos um homem como eu; quando se diluiu aquela fumaça que me fazia crer ser melhor do que ele; quando senti pesar nos meus ombros a responsabilidade do seu delito; quando, anos faz, em uma meditação na sexta-feira santa, diante da cruz, senti gritar dentro de mim: “Judas é teu irmão”, então compreendi não somente que os homens não se podem dividir em bons e maus, tampouco em livres e presos, porque há fora da cadeia prisioneiros mais presos do que os que estão dentro dela e há, dentro da cadeia, mais libertos, assim da prisão, do que os que estão fora. Presos estamos todos, mais ou menos, entre os muros do nosso egoísmo; talvez, para se evadir, não há ajuda mais eficaz do que aquela que possam nos oferecer esses pobres que estão materialmente fechados entre os muros da penitenciária.”¹³⁰

Ora, a busca por uma sociedade mais justa e igualitária depende do respeito à dignidade de toda e qualquer pessoa, inclusive de presos.

Diante disso, concluímos pela necessidade urgente de uma transformação política e social a respeito do sistema carcerário brasileiro, devendo ser reconhecida dentro da falha estrutural identificada, além da culpa dos entes do Poder Público, a parcela de culpa da sociedade que clama pelo encarceramento. A situação de extrema calamidade dos presídios é, sem dúvida, o motivo fundamental da intervenção do STF, guardião da Constituição, sendo a declaração do ECI o caminho para a reversão do quadro de crise sistemática identificado.

¹³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2006. Tradução de: Isabela Cristina Sierra. p. 87/88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 384.

ARAÚJO; Ana Valéria. **Litigância Estratégica em Direitos Humanos Experiências e reflexões**. FordFoudation. São Paulo. 2016. p. 124. Disponível em: <<http://www.fundodireitoshumanos.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>>. Acesso em: 08/06/2018.

ARAÚJO; Luis Cláudio Martins. **A Jurisdição Constitucional No Sistema Da Commonwealth: A Conformação De Uma Nova Alternativa Institucional À Supremacia Judicial**. 2015. p. 25. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_0853_0877.pdf> Acesso em: 22/06/2018.

ARENHART; Sérfio Cruz. **Decisões Estruturais No Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista Eletrônica. 2015. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>> Acesso em: 30/05/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br>> Acesso em: 05/05/2018.

BRASIL; **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal; Brasília/DF. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 20/05/2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. 336p.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2006. p. 88 Tradução de: Isabela Cristina Sierra.

CARVALHO; Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 310. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/127169684/Carvalho-O-Papel-Dos-Atores-do-Sistema-Penal-na-Era-do-Punitivismo>>. Acesso em: 18/06/2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentença T-025**. 2004. Diponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> Acesso em: 25/05/2018.

RÍOS; Luis Carlos Alzate. **EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL**. 2002 Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-estado-de-cosas-inconstitucional>>. Acesso em: 25/05/2018.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais, Direitos Fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. ES. 2017. p. 22. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/12258/8487>>. Acesso em: 20/05/2018.

FERNANDES; Daniel Fonseca. **O Grande Encarceramento Brasileiro: Política Criminal E Prisão No Século XXI**. XVIII Revista do CEPEJ. 2015. p. 54. Disponível em: <<file:///C:/Users/Acer/Desktop/TCC%20LORENA%20-%20agora%20vai!/O%20GRANDE%20ENCARCERAMENTO%20BRASILEIRO%20POL%C3%8DTICA%20CRIMINAL%20E%20PRIS%C3%83O%20NO%20S%C3%89CULO%20XXI.pdf>>. Acesso em: 20/06/2017.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Colección de justicia, 2010. p. 290.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.a., 2015. p. 262.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. 2014. p. 30. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>> Acesso em: 08/05/2018.

GARGARELLA; Roberto. **Por una justicia dialógica**. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YINubOf5JAK>> Acesso em: 22/06/2018.

ITTC. **20 Anos De Luta: A Prisão Provisória Como Porta De Entrada Para O Superencarceramento**. São Paulo. 2017. p. 01. Disponível em: <<http://itcc.org.br/20-anos-de-luta-prisao-provisoria-como-porta-de-entrada-para-o-superencarceramento/>>. Acesso em: 20/05/2018.

JARAMILLO; Leonardo Garcia. **Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre o ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentário**. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de investigaciones jurídicas. 2015. p. 353. Disponível em: <http://www.academia.edu/14887664/CONSTITUCIONALISMO_DELIBERATIVO._Estudio_sobre_el_ideal_deliberativo_de_la_democracia_y_la_dogm%C3%A1tica_constitucional_d_el_procedimiento_parlamentario>. Acesso em: 28/05/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Segurança Pública e Justiça Criminal**. 2015. p. 01. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatório-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>>. Acesso em: 21/06/2018.

PEREIRA; Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. Bauru. 2017. p. 24. Disponível em: <<file:///C:/Users/Acer/Desktop/TCC%20LORENA%20-%20agora%20vai!/29.06.2018.pdf>> Acesso em: 28/06/2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 352.

SANTORO FILHO; Antonio Carlos. **Conceito de Política Criminal**. Revista Jus Navigandi. Teresina. 2015. p. 01. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43624>>. Acesso em: 15/06/2018.

SARMENTO; Daniel Antônio de Moraes. **Sustentação Oral** – Daniel Sarmiento. STF. Brasília. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kuA1BNi67-o>> Acesso em: 28/06/2018.

SEIBEL; Erni J. **O declínio do welfare state e a emergência do estado prisional: Tempos de um novo puritanismo?**. 2005. p. 15. Disponível em: <<file:///C:/Users/Acer/Desktop/TCC%20LORENA%20-%20agora%20vai!/o%20decinio%20do%20welfare%20state%20e%20o%20crescimento%20do%20encarceramento.pdf>> Acesso em: 20/06/2018.

STF; **Acompanhamento Processual**. ADPF 347. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 09/06/2018.

STF; ADPF 347. **Acórdão**. Julgamento Medida Cautelar. 2015. p. 2010. Disponível em: <<file:///C:/Users/Acer/Desktop/TCC%20LORENA%20-%20agora%20vai!/ADPF%20347.pdf>>. Acesso em: 09/06/2018.

STF; ADPF 347; **Petição Inicial**. Brasília. 2015. p. 75. Disponível em: <<file:///C:/Users/Acer/Desktop/TCC%20LORENA%20-%20agora%20vai!/ADPF-347%20petição%20inicial.pdf>>. Acesso em: 21/06/2018.

TUSHNET, Mark. **Revisión judicial dialógica**. Escuela de Derecho. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 14. 2013. p.10.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 152.