

RECEBIDO EM: 11/04/2018

APROVADO EM: 21/05/2018

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA PENITENCIÁRIO NO BRASIL?

***STATE OF THINGS UNCONSTITUTIONAL: THE
SOLUTION FOR THE PENITENTIARY PROBLEM IN
BRAZIL?***

Leonardo Bas Galupe Lagos

*Procurador Federal-AGU. Mestrando em Direito - UFPEL. Especialista em
Direito Público - UNIDERP. Professor de Direito Administrativo - UCPEL.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A concretização dos direitos fundamentais como função precípua do Estado; 2 Um breve panorama do sistema carcerário brasileiro e sua problemática; 3. As falhas estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: uma possível solução?; 3.1 Conceito e origens do Estado de Coisas Inconstitucional; 3.2 A questão brasileira; Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho visa apresentar a atual problemática existente no sistema penitenciário brasileiro e de que modo a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional pode contribuir para essa crise. Traça aspectos gerais do constitucionalismo moderno, demonstrando que uma das funções essenciais do Estado é concretizar os direitos fundamentais. Apresenta um panorama geral sobre as prisões brasileiras, apontando algumas medidas que vêm sendo tomadas pelos poderes políticos para enfrentar as constantes violações aos direitos fundamentais dos detentos. Define o que são as falhas estruturais causadoras das transgressões aos direitos constitucionalmente previstos que podem gerar um Estado de Coisas Inconstitucional. Conclui que a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional é uma relevante alternativa para, senão resolver, ao menos atenuar em larga escala o problema carcerário do Brasil. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal deverá, quando do julgamento de mérito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, proferir uma sentença estruturante nos moldes da Corte Constitucional Colombiana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Violação. Sistema Penitenciário. Estado de Coisas Inconstitucional. Sentenças Estruturantes.

ABSTRACT: The paper aims to present the current problems in the Brazilian penitentiary system and how the declaration of State of Things Unconstitutional can contribute to this crisis. It traces general aspects of modern constitutionalism, demonstrating that one of the essential functions of the State is to realize fundamental rights. It presents an overview of the Brazilian prisons, pointing out some measures that are being taken by the political powers to face the constant violations of detainees' fundamental rights. It defines what are the structural failures that cause transgressions to the constitutionally foreseen rights that can generate an Unconstitutional State of Things. It concludes that the declaration of State of Things Unconstitutional is a relevant alternative to, if not resolve, at least to attenuate on a large scale the prison problem of Brazil. For this purpose, the Federal Supreme Court should, at the judgment of merit of the Action of Non-compliance with Basic Precept - ADPF 347, issue a structuring sentence in the manner of the Colombian Constitutional Court.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Violation. Penitentiary System. State of Things Unconstitutional. Structuring Sentences.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno almeja que o Estado ponha à disposição de seus cidadãos os direitos fundamentais conquistados após anos de luta. A efetivação desses direitos é, em última análise, a consagração da dignidade da pessoa humana. Para tanto, é preciso que todos os responsáveis atuem de forma congregada para que se atinja o espírito das leis fundamentais.

No Brasil, entretanto, estamos longe de ver atendidos os anseios da população no que tange ao respeito de seus direitos fundamentais. A situação é ainda mais crítica quando observamos uma camada abastada e a afônica da sociedade: os presos. As constantes violações aos direitos dos apenados é tema que vem sendo debatido pelas mais variadas esferas da sociedade, mas muito pouco de mudança fática se conseguiu operar.

Nesse contexto, há quem sustente que a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro poderia ser uma alternativa ao descaso generalizado com as condições do apenado. O tema envolve diversos contornos jurídicos, que vão desde o respeito à separação dos poderes até eventuais consequências de um desrespeito da ordem judicial que reconheça essa situação, razão pela qual deve-se analisar até que ponto uma decisão nesse sentido seria a solução do problema.

1 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FUNÇÃO PRECÍPUA DO ESTADO

A necessidade de se respeitar os direitos fundamentais advém de longa data, mas o tema ganhou relevo após os horrores vividos na segunda guerra mundial. A partir de então, surgiu na Europa Continental o chamado constitucionalismo pós-guerra, fazendo uma releitura na dogmática constitucional pautada, sobretudo, pela manutenção da dignidade da pessoa humana. A chegada desses novos tempos, nomeados por alguns como neoconstitucionalismo, implicou na constitucionalização dos direitos fundamentais e na atribuição de força normativa às constituições dos Estados. Além disso, alçou o Poder Judiciário a um papel central de controlador de eventuais omissões dos responsáveis em materializar os preceitos constitucionais. Vale aqui trazer à baila os ensinamentos de Daniel Sarmento acerca dos predicados do neoconstitucionalismo:

Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
(b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou

“estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre Direito e Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 113-114).

Em razão da sua relevância, a Constituição Federal de 1988, positivou no art. 1º, inciso III¹, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, encampando o incentivo de diversos diplomas jurídicos internacionais. O princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana

importa o reconhecimento e a tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência oncológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência como com a preservação de valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante (SOARES, 2013, p. 248).

Importa realçar ainda que o princípio a qual nos referimos, para além de reforçar os direitos fundamentais, implica, igualmente, a imposição ao Estado de obrigações positivas (MARQUES, 2010, p. 558). Vale dizer, que a concretização da dignidade da pessoa humana perpassa pela devida efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles decorrentes de condutas negativas ou positivas do poder público, mas principalmente destas. Os direitos fundamentais representam proteções que vinculam os poderes públicos como destinatários que não podem suprimi-los, devendo regular suas ações em conformidade e consonância a eles (BERNARDO, 2017, p. 348).

Embora dispensável, o constituinte originário preferiu ressaltar a obrigação do Estado em resguardar a dignidade dos presos através do respeito a sua integridade física e moral². Evidente que o fato de a pessoa cumprir pena privativa de liberdade por crime por ela praticado não lhe retira a condição de ser humano, que, por si só, já é suficiente para atrair

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

2 Art. 5º XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

a proteção de sua dignidade. Como visto anteriormente, a única condição para ter direito à dignidade humana é existir no mundo, atributo este que não é perdido pelo encarceramento.

Mas em que pese essa constatação, o sistema prisional brasileiro tornou-se um antro de violações aos mais diversos direitos fundamentais e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana. Inúmeras são as particularidades desse submundo prisional, entre as quais se destacam a superlotação carcerária, o ambiente completamente insalubre e a ociosidade (POZZEBON; AZEVEDO, 2013, p. 415). Neste particular, portanto, o Estado brasileiro vem pecando, e muito, no cumprimento de sua função precípua de assegurar os direitos correspondentes ao mínimo existencial. Estamos longe de atingir o bem-estar punitivo que o constituinte previu.

2 UM BREVE PANORÂMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SUA PROBLEMÁTICA

Estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça apontam que o Brasil possui uma população carcerária de mais de 726.000 presos, colocando o país na terceira posição do ranking mundial, ao passo que o sistema prisional possui apenas 367.000 vagas para comportar os detentos³. O relatório final do trabalho assinalou que a política de encarceramento praticado pelo nosso país alimenta o ciclo de violência, ainda mais considerando o ambiente nocivo à saúde que se criou dentro das penitenciárias, que jamais dará conta de regenerar os presos para que retornem ressocializados à sociedade e deixem de praticar crimes.

Essas práticas geraram a abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito, chamada de CPI do Sistema Carcerário, que tramitou na Câmara dos Deputados e cuja conclusão caminhou no sentido que todos esperavam. Constatou-se o óbvio, ou seja, que o Brasil enfrenta uma situação caótica e urgente em seu sistema penitenciário, devendo adotar medidas imediatas para reverter, ou ao menos minimizar, suas consequências, tendo sido elaboradas algumas proposições e recomendações⁴. Em âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, já cobrou do Brasil explicações acerca de seu sistema carcerário em razão

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cidadania dos presos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em 04 jun. 2017.

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário*. Disponível em: file:///C:/Users/WINDOWS%207/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf. Acesso em: 04 jun. 2017.

das constantes denúncias de violação dos padrões mínimos internacionais de tratamento dos presos⁵.

A falta de efetividade dos direitos conduz a uma crescente desvalorização de sua força normativa e na falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 466). No caso em análise, a situação é ainda mais grave, considerando que titulares dos direitos violados são uma parcela sem capacidade de vocalizar as próprias pretensões perante a sociedade e, não raro, sem direitos políticos.

A prisão tem sido nos últimos séculos a esperança das estruturas formais do Direito para combater o processo da criminalidade (DOTTI, 1998, p. 105). Ocorre que a política do encarceramento no Brasil, seja ele sumário ou definitivo, falhou. Vários fatores podem ser apontados para esta desordem carcerária, como, por exemplo, a cultura da criminalização, quando na verdade o direito penal deveria ser o último a interferir na penalização das condutas. Ferrajoli, citado por Iñaki, aduz que *una política de des-carcelación debe además acontecer como efecto de una seria despenalización que confiera credibilidad al derecho penal restituyéndolo a su carácter de extrema ratio* (RIVERA BEIRAS, p. 80, 2017).

É certo que cabe aos estudiosos da política criminal definir quais condutas devem ser penalizadas com a pena privativa de liberdade frente à realidade nacional, descriminalizando aquelas nas quais as sanções alternativas poderiam ser mais eficientes para aquilo que se quer como função da pena. Mas o fato de se prender muito no Brasil é apenas uma vertente do problema.

O que reputamos de mais crítico nesse contexto é a manutenção das condições carcerárias em níveis degradantes sem que haja consequência aos responsáveis. Após o encarceramento do apenado o Estado simplesmente ignora a existência de seus direitos, praticando uma verdadeira tortura física e moral, muitas vezes com o aval de parte da sociedade. Pode-se concluir que:

[...] la impunidad es una de las principales causas de la persistencia de las prácticas de tortura, esto es, la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones a derechos humanos. Es preciso – dijo – que los actos de tortura sean

5 CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Resolução de 13 de fevereiro de 2017*. Disponível em: http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion_Carceles_Brasil.pdf. Acesso em: 04 jun. 2017.

objeto de investigaciones efectivas que conduzcan al procesamiento y sanción de los responsables (RIVERA BEIRAS, 2017, p. 89).

Essa realidade de reiteradamente não atender aos direitos fundamentais dos presos sem que haja uma consequente punição dos responsáveis gerou uma sensação de banalidade do mal. Pode não haver ânimo (vontade) dos agentes políticos em transformar o sistema no caos, mas considerando que a situação se prolonga no tempo, há a sensação de que se está fazendo o possível, geralmente sob o respaldo da dificuldade financeira do Estado. A omissão dos poderes constituídos e a ausência de críticas por parte da população sobre a violação institucionalizada aos direitos desse grupo vulnerável, resulta naquilo que alguns autores chamam de “normalidade do desumano”:

[...] admitir e tolerar violações aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, passíveis de não responsabilizações jurídicas, abeirase a noção de banalidade do mal *arendtiana*. [...] A ideia em torno da banalidade do mal reproduz, no contexto brasileiro, aquilo que chamamos de *normalidade do desumano*: a omissão do Estado em dignificar a estrutura carcerária, escondendo-se em argumentos como se o cumprimento da pena fosse independente à violação de direitos fundamentais (ALMEIDA; MASSAÚ, 2015, p.13).

Não se pode olvidar, entretanto, a tentativa de alguns segmentos de combater esse descaso. A título exemplificativo, pode-se mencionar o julgamento em sede de repercussão geral proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 592.581⁶, no sentido de

6 REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno,

ser possível impor ao poder público que promova obras emergenciais em estabelecimentos prisionais em respeito à dignidade da pessoa humana, sem que se possa cogitar na sua impossibilidade sob o fundamento da reserva do possível ou da separação dos poderes. Além disso, vem ganhando força junto ao poder judiciário a tese do dano moral em favor de detento que comprove a falta de condições humanas de encarceramento.

Embora não deixem de ser louváveis os supracitados entendimentos judiciais, o fato é que eles podem contribuir apenas para situações pontuais, quando na verdade o problema do sistema penitenciário brasileiro é muito maior que isso. Não basta que apenas alguns presos que se aventurem em ingressar com demanda judicial tenham uma contrapartida pelos maus tratos sofridos. O que se pretende é melhorar de uma maneira geral as condições do cárcere, cuja responsabilidade não pode recair sobre os ombros de apenas um dos poderes, cabendo a cada um dos atores envolvidos reconhecer sua parcela de culpa e trabalhar para superar suas falhas.

3. AS FALHAS ESTRUTURAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO?

3.1 CONCEITO E ORIGENS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Pelo que já foi trabalhado, não há dúvidas de que uma das funções do Estado Democrático de Direito, senão a principal delas, é concretizar os direitos fundamentais constitucionalmente positivados. Nesse sentido, compete a cada um dos três poderes, de forma harmônica e independente, cumprir a empreitada que lhe toca. Não raras vezes existe uma omissão reiterada no desempenho dessa missão em função da falta de interlocução adequada entre os responsáveis. A solução da omissão, nesses casos, não pode ser imposta a um único órgão, e isso porque a omissão em proteger e promover direitos fundamentais decorre de falhas estruturais (CAMPOS, 2016, p. 93).

Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas (CAMPOS, 2016, p.93). Essa extremada omissão inconstitucional dos poderes instituídos em cumprir os direitos fundamentais recebeu da Corte Constitucional Colombiana o nome de Estado de Coisas Inconstitucional, expressão cunhada em 1997. O caso colombiano fora

levado ao Judiciário por alguns professores de uma cidade do interior do País alegando reiteradas violações aos seus direitos previdenciários. Mas, ao constatar que o problema era generalizado, atingindo um grande número de pessoas, a Suprema Corte percebeu que havia uma falha estrutural, que não podia ser imputada a apenas um órgão. Frente a essa situação, impôs às autoridades responsáveis a construção de soluções estruturais dentro de um prazo razoável. Posteriormente, a Corte Colombiana reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em outras oportunidades, dentre as quais sobre o sistema carcerário daquele País, mas que não trouxe o retorno esperado pelo Judiciário.

De maneira geral, o Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando há uma violação generalizada de direitos fundamentais, que atinja número significativo de pessoas, causada pela inércia persistente das autoridades públicas em alterar tal conjuntura, de forma que apenas uma modificação estrutural de atuação de uma pluralidade de atores pode transmudar a situação inconstitucional. Outro fator determinante para caracterizar esse fenômeno é a possibilidade de congestionamento da justiça se todos atingidos pela omissão pretendessem se socorrer do Poder Judiciário.

Levando em conta que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica que não possui previsão constitucional expressa, ela deve ser utilizada com parcimônia e em situações excepcionais pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta à separação dos poderes. Nas decisões proferidas nesses casos, chamadas de “sentenças estruturais”, resta consignado que as partes concordam sobre um “plano” a ser desenvolvido. Carlos Alexandre de Azevedo Campos leciona que

Ante a omissão, deficiência e falhas do Executivo e do Legislativo, chega a ser aconselhável que o Poder Judiciário tome medidas estruturais sob pena de vigorarem “direitos sem remédios”. Para superar bloqueios políticos e institucionais, surge a necessidade de interferência na própria confecção e implementação de políticas públicas. Esse é o papel das sentenças estruturais (CAMPOS, 2016, p. 204).

As sentenças estruturais são importantes porque além de possuírem um efeito direto (cumprimento da ordem judicial), alastram efeitos indiretos (transformações sociais). Essas decisões também reequilibram os poderes dos atores em litígio, redefinem os parâmetros do tema, produzem novos focos e argumentos (CAMPOS, 2016, p. 205), fortalecendo cada poder político e respeitando sua independência e autonomia.

Por fim, apenas para concluir o apanhado geral do instituto, vale referir acerca da importância do monitoramento das sentenças que reconhecem o Estado de Coisas Inconstitucional. Tendo em vista que as ordens interferem nos demais poderes, refletem num segmento da sociedade e que implicam, via de regra, no dispêndio de elevados valores financeiros, surge a dificuldade de sua execução. Com efeito, a criação de comissões específicas, [...] exigência de relatórios periódicos, audiências públicas [...] são exemplos de ferramentas que tornam o monitoramento uma prática que aumenta em muito as chances de sucesso das sentenças estruturais (CAMPOS, 2016, p. 209). O monitoramento serve, especialmente, para que se proceda à eventual flexibilização das decisões frente a obstáculos práticos para que se consiga atingir o objetivo almejado.

3.2 A QUESTÃO BRASILEIRA

Não restam dúvidas que o sistema penitenciário nacional enfrenta uma situação de Estado de Coisas Inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal já fora instado a enfrentar a questão através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347, ajuizada em 2015 pelo Partido Socialista e Liberdade – PSOL contra a União e todos os Estados-membros, cujo o mérito ainda está pendente de julgamento. Na petição inicial, o PSOL atribui a diversos responsáveis a culpa pelo caos carcerário e solicita à Corte Constitucional que determine a prática de condutas visando resolver a situação.

A título ilustrativo, o pedido inicial postula que os tribunais e juízes sejam obrigados a realizar audiências de custódia, a abrandar os requisitos temporais de progressão de regime e livramento condicional quando observado que as condições da pena estão mais severas que as previstas na lei, bem como a abater no tempo de prisão o período que se cumpre penas desumanas (compensação da pena). Pretende, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça seja compelido a fazer mutirões carcerários para revisar os processos de execução de pena privativa de liberdade e que a União seja obrigada a liberar os valores constantes do Fundo Penitenciário Nacional.

Ao analisar os pedidos liminares da ADPF 347, o STF deferiu apenas os pedidos para que o Poder Judiciário realize as audiências de custódia e para que a União libere as verbas do FUNPEN⁷. Os ministros

7 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 –

reconheceram a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no nosso sistema carcerário, mas, ao menos em sede cautelar, indeferiram os demais pedidos sob o fundamento de que não cabe ao Judiciário substituir o papel do Legislativo e do Executivo, devendo apenas superar os bloqueios políticos e institucionais sem se imiscuir na tarefa dos outros poderes de formularem as políticas públicas necessárias.

Do nosso ponto de vista, ainda que não haja decisão definitiva sobre o tema, não deve o STF se limitar a reconhecer a inércia dos demais poderes mas deixar aos seus arbítrios encontrarem uma solução. A contínua omissão em se elaborar medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes caracteriza flagrante “falha estrutural”, atraindo a tomada de medidas mais drásticas por parte do Poder Judiciário. Trata-se de uma situação excepcional que enseja uma tutela jurisdicional diferenciada. A intervenção judicial, nesse caso, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos os requisitos próprios, não implica em supremacia judicial, revelando-se uma postura judicial legítima (CAMPOS, 2016, p. 257).

Não se sustenta a afirmativa de alguns autores de que numa sentença estrutural, que implica na imposição da concretização de políticas públicas de amplo impacto nacional, haveria um grande subjetivismo decisório. Ora, desde o surgimento do movimento neoconstitucionalista, que trouxe a reaproximação entre direito e moral e a atribuição de eficácia normativa aos princípios jurídicos, as decisões judiciais passaram a comportar uma carga de subjetividade. Cotidianamente o STF se vê provocado a decidir questões políticas (judicialização das relações sociais e da política) e há muito está superada a celeuma de sua legitimidade. O que se deve observar é o limite dessa discricionariedade, que está na obrigação constitucional de fundamentar as decisões. No caso das sentenças estruturantes que

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. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

reconhecem o Estado de Coisas Inconstitucional, a decisão se pauta na efetivação dos direitos fundamentais.

Talvez o argumento mais sedutor de quem é contrário à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional diga respeito à manutenção da separação dos poderes. Ocorre, todavia, que não se pode mais ter em mente a ideia de separação dos poderes de modo estanque e distante. A Constituição 1988 é o marco, entre nós, do “constitucionalismo cooperativo”, ao passo que a concepção ortodoxa e excludente da separação dos poderes mostra-se absolutamente incompatível com esse modelo constitucional (CAMPOS, 2016, p. 306-307). Ademais, essa teoria surgiu com a pretensão de evitar a absorção de poderes por apenas uma instituição política. Admitir que a omissão reiterada, persistente e inconstitucional dos poderes políticos seja imune à intervenção judicial estrutural significa permitir, justamente, essa concentração de poderes (CAMPOS, 2016, p. 308). Não é demais lembrar que a ordem judicial que declara o Estado de Coisas Inconstitucional não alcança apenas os Poderes Executivo e Legislativo, atingindo também o próprio Judiciário, que possui parcela de culpa na falha estrutural.

Importante destacar, por exemplo, que a Itália foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Torreggiani e outros vs Itália*, no qual a denúncia inicial partira de um grupo de detentos em relação às más condições penitenciárias. A Corte decidiu analisar como um todo o sistema carcerário italiano e percebeu os ineficientes esforços do governo para resolver o problema da violação da dignidade humana dos detentos, tendo condenado aquele Estado a implementar em um ano medidas concretas para preservar os direitos dos apenados. Imediatamente a Itália procedeu a diversas alterações legislativas sobre sistema recursal, prisão domiciliar, livramento condicional etc., trazendo resultados práticos benéficos.

Em suma, não sabemos se o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro será a solução para essa crise, mas ao menos se apresenta como uma alternativa de esperança (ainda que parcial). Não se pode mais ficar refém de medidas paliativas adotadas pelas autoridades. Para tanto, entendemos que o STF deve superar a posição já aventada quando do julgamento dos pedidos liminares e atuar nos mesmo moldes da Corte Constitucional Colombiana, proferindo uma sentença verdadeiramente estruturante, ou até mesmo da Corte Europeia de Direitos Humanos, analisando a fundo a problemática do sistema penitenciário. Além disso, é preciso, inicialmente, que as próprias autoridades brasileiras tenham autocrítica reconheçam a existência dessa situação calamitosa, não se conformando com soluções isoladas. A partir

de então devem traçar estratégias criativas e concatenadas entre os três poderes, absorvendo da experiência italiana aquilo que mais contribuiu para a diminuição do problema e evitando as práticas equivocadas perpetradas pela Colômbia para que os mesmos erros aqui não se repitam.

Cabe aqui enaltecer novamente, considerando o alto risco de inefetividade das sentenças estruturais, a importância de se monitorar o cumprimento de eventual decisão dessa natureza pelo Supremo Tribunal Federal, pois foi nesta etapa que o judiciário colombiano cometeu equívocos que comprometeram a resolução da problemática.

4 CONCLUSÃO

O trabalho pretendeu explorar, ainda que brevemente, a problemática envolvendo o sistema carcerário do Brasil. Percebeu-se que o Estado deve perseguir incansavelmente a concretização dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna pelo legislador constituinte, sendo esta uma das razões de sua existência. Entretanto, as autoridades brasileiras abandonaram ao sereno aqueles que estão encarcerados. A pena privativa de liberdade deveria, ao menos em tese, retirar apenas o direito à liberdade do condenado, mas ao que tudo indica nossas prisões estão extraindo inclusive a dignidade dessas pessoas.

A falta de efetividade dos direitos gera um descrédito não só nas instituições que deveriam promovê-los, mas também na própria existência desses direitos. Essa omissão inconstitucional deriva de um conjunto de fatores, que envolve todos os poderes do Estado, num fenômeno chamado de “falha estrutural”, de forma que apenas uma atuação concatenada seria capaz de superar a crise prisional. Medidas analgésicas e desconectadas já não surtem mais efeitos.

Nesse contexto, concluímos que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADPF 347, poderá, pela primeira vez na história, declarar a existência do Estado de Coisas Inconstitucional e proferir uma sentença estruturante que alcance a todos os responsáveis pelo caos do sistema penitenciário. Para tanto, a Suprema Corte deverá abandonar o arranjo desenhando quando da análise liminar da referida ação no sentido de que não poderia se imiscuir nas atividades dos demais poderes. Assim agindo, certamente a decisão não trará resultados práticos satisfatórios, mantendo a situação da forma desumana que conhecemos. Frente a esse caso excepcional, o Supremo deve agir de modo peculiar. Não há porque recear eventual fracasso de uma sentença estruturante, pois, mais grave

do que tentar uma solução é acovardar-se quando provocado, ainda mais prolatando uma decisão inócua (basta ver que a medida liminar do modo como deferida ainda não trouxe alteração significativa no cenário nacional). Está nas mãos do STF, portanto, retirar os demais poderes da inércia, coordenando e monitorando as ações e os resultados a serem alcançados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático*. In: Miguel Carbonell (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 31-48.

ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro*. Disponível em: <http://docplayer.com.br/6752198-A-normalidade-do-desumano-a-banalidade-do-mal-no-sistema-penitenciario-brasileiro-bruno-rota-almeida-1-guilherme-camargo-massau-2.html>. Acesso em: 07 jun. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário. Disponível em: [file:/// C:/ Users/ WINDOWS%207/ Downloads/ cpi_sistema_ carcerario.pdf](file:///C:/Users/WINDOWS%207/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf). Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Medida Cautelar julgada em 09/09/2015. Disponível em: [http:// www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcesso Andamento.asp?incidente=4783560](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560). Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Julgado em 13/08/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 09 jun. 2017.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cidadania dos presos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 04 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução de 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion_Carceles_Brasil.pdf. Acesso em: 04 jun. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOTTI, Rene Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARQUES, Mario Reis. *A dignidade humana como prius axiomático*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra, vol. IV, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Público*, a. 1, n.3, out./dez. 2003.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

POZZEBOM, Fabrício Dreyer de Ávila; AZEVEDO, Rodrigo Guiringuelli. Comentário ao art. 5º, inciso XLIX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 415-417.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações*. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/6876>. Acesso em: 21 maio 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Daniel Sarmento (org). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.