



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VINICIUS BRITO DOS SANTOS

**O PODER JUDICIÁRIO COMO DETERMINADOR DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

Salvador
2021

VINICIUS BRITO DOS SANTOS

**O PODER JUDICIÁRIO COMO DETERMINADOR DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch.

Salvador
2021

VINICIUS BRITO DOS SANTOS

**O PODER JUDICIÁRIO COMO DETERMINADOR DE POLÍTICAS
PÚBLICAS:
A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO
ÂMBITO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 29 de abril de 2021.

Banca examinadora

Fábio Periandro de Almeida Hirsch – Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia,
Universidade Federal da Bahia.

Maria Auxiliadora Minahim _____
Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Universidade Federal da Bahia.

Julio Cesar de Sá da Rocha _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Universidade Federal da Bahia

SANTOS, Vinicius Brito dos. **O Poder Judiciário como determinador de Políticas Públicas**: a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do Sistema Carcerário Brasileiro. 2021. Orientador: Fábio Periandro de Almeida Hirsch. 85 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

O Sistema Carcerário Brasileiro enfrenta uma expressiva e sistemática violação de Direitos Fundamentais decorrente de omissão não normativa do Poder Público. Nesse contexto, este trabalho objetiva averiguar a legitimidade do Poder Judiciário brasileiro na determinação da formulação e implementação de Políticas Públicas no âmbito do sistema carcerário, por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Para tanto, utiliza-se, como método, a pesquisa qualitativa, por meio do raciocínio dialético com caráter exploratório. Através do levantamento de fontes bibliográficas e documentais como livros, artigos, teses, notícias jornalísticas e trabalhos de conclusão de curso, este texto avalia o Sistema Carcerário Brasileiro, estuda o conceito e a aplicação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional e analisa a atuação do Poder Judiciário na determinação de Políticas Públicas no âmbito do sistema prisional do país. Além disso, a monografia analisa a Medida Cautelar nº 347 da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, concedida pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015. Ao final, constata-se que, diante do quadro de violação maciça dos Direitos Fundamentais dos encarcerados decorrentes de falhas estruturais, bloqueios políticos e institucionais, resultando na ausência de Políticas Públicas, o Poder Judiciário detém legitimidade para implementar Políticas Públicas no que toca ao Sistema Carcerário Brasileiro, por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Estado de Coisas Inconstitucional. Medidas estruturais. Sistema Carcerário. Políticas Públicas.

SANTOS, Vinicius Brito dos. **The Judiciary as a determinant of Public Policies: the declaration of the Unconstitutional State of Things within the scope of the Brazilian Prison System.** 2021. Supervisor: Fábio Periandro de Almeida Hirsch. 85 s. Undergraduate Dissertation (Law Degree) – Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

The Brazilian prison system faces an expressive and systematic violation of fundamental rights due to non-normative omission by the Public Power. The purpose is to ascertain the legitimacy of Brazilian's Judiciary Power determining information and implementing public policies in the prison system, through the declaration of Unconstitutional State of Affairs. Qualitative research, of dialectical reasoning, with an exploratory feature, through the survey of bibliographic and documentary sources such as books, articles, thesis statement, journalistic news and final paper, which rates the Brazilian prison system, and the study of concept and application of Unconstitutional State of Affairs institute and the role of Judiciary Power in determining public policies on the scope of Brazil's prison system. It also carries out an analysis of Precautionary Measure number 347 from Statement of Non-Compliance with Fundamental Precept, granted by the Supreme Federal Court in 2015. It was found that the legitimacy of Judiciary in implementation of Public Policies with belong to the Brazilian prison system, through the declaration of the Unconstitutional State of Affairs, due to the massive violation from fundamental rights of prisoners resulting in past failures, political blockades and institutional, that means, an absence of public policies.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Unconstitutional State of Things. Structural measures. Prison system. Public Policies.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 07 |
| 2 PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIRECIONADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS..... | 10 |
| 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESIDIÁRIOS AOS OLHOS DO SISTEMA CRIMINAL..... | 15 |
| 3.1 A FALÊNCIA DO SISTEMA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 22 |
| 3.2 CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO DO BRASIL..... | 24 |
| 3.2.1. Instituições e estabelecimentos prisionais..... | 24 |
| 3.2.1.1 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)..... | 25 |
| 3.2.1.2 Penitenciária..... | 26 |
| 3.2.1.3 Colônia Agrícola, Industrial ou Similar..... | 27 |
| 3.2.1.4 Casa do Albergado..... | 27 |
| 3.2.1.5 Centro de Observação..... | 28 |
| 3.2.1.6 Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico..... | 28 |
| 3.2.1.7 Cadeia Pública..... | 28 |
| 3.2.2 A alta incidência de doenças infectocontagiosas e a ação de facções criminosas dentro dos presídios..... | 29 |
| 4 A SEPARAÇÃO ORGÂNICO-FUNCIONAL ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA..... | 34 |
| 4.1 CONSTITUCIONALISMO MODERNO E O DIALÓGICO..... | 36 |
| 4.2 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E O DEVER DOS JUÍZES DE CUMPRIR A CONSTITUIÇÃO..... | 42 |
| 4.3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONTEXTUALIZAÇÃO E TENTATIVA DE UM CONCEITO..... | 46 |
| 4.4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO ECI..... | 48 |
| 4.5 PRESSUPOSTOS OU CONDIÇÕES PARA O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL..... | 51 |

| | |
|--|-----------|
| 4.6 DECISÕES ESTRUTURAIS..... | 54 |
| 5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF 347..... | 57 |
| 5.1 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA A DETERMINAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO..... | 62 |
| 5.2 O JULGAMENTO DA ADPF..... | 70 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 76 |
| REFERÊNCIAS..... | 78 |

1 INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade transforma os entendimentos entre os homens sobre os valores que modelam a vida social. Os instrumentos jurídicos, por exemplo, caminham constantemente por abandonos e transformações profundas de modelos que não se encaixam mais com a realidade das sociedades do seu tempo.

Nesse cenário de evolução das categorias jurídicas, a tutela de Direitos é realizada por meio de vários mecanismos processuais, elaborados justamente para proteger Direitos específicos. Isso significa que o procedimento é estruturado para conferir adequada proteção aos Direitos do homem. Entretanto, com o exorbitante aumento da população e a conseqüente divisão das sociedades em grupos, novos e grandes conflitos surgem sobre os quais as técnicas processuais e o constitucionalismo terão que lidar.

É nesse contexto que se insere a questão do sistema carcerário brasileiro que, conforme comumente noticiado nos veículos de comunicação, enfrenta uma expressiva e sistemática violação de Direitos Fundamentais decorrente da omissão do Poder Público, a qual não está relacionada à omissão normativa, mas sim, à ausência ou ineficiência das Políticas Públicas voltadas ao setor carcerário. A situação dentro dos presídios chega a ser degradante, indo de encontro ao primado da dignidade da pessoa humana, valor fundamental na égide de um Estado Social e Democrático de Direito.

Apesar do espaço adequado para a formulação e implementação de políticas legislativas, administrativas e orçamentárias seja o político, Cortes Constitucionais passaram a intervir em tais questões com o fundamento de que protegem e defendem Direitos Fundamentais de minorias políticas, como os que se encontram sob custódia do Estado. Com isso, coloca-se, para a investigação jurídica, a relação entre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), o dogma da Separação de Poderes e o ativismo judicial, para, então, demonstrar quais os fatores sociais e políticos justificam a emergência deste poder expansivo das Cortes Constitucionais e, ainda, se tal procedimento configura exercício abusivo da Jurisdição Constitucional, ao argumento de que o seu uso supostamente atravessaria as funções típicas de outros poderes.

Diante disso, a presente pesquisa tem o objetivo de analisar a legitimidade do Poder Judiciário brasileiro na determinação da implementação de Políticas Públicas no âmbito do sistema carcerário, por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Para tanto, a partir da perspectiva objetiva dos Direitos Fundamentais como direcionador de políticas públicas, será abordado o conceito da referida dimensão e sua implicação quanto à efetivação dessa classe de direitos. No capítulo seguinte, é apresentada uma análise dos Direitos Fundamentais dos presidiários aos olhos do sistema criminal, em que se discorre acerca da limitação ao poder punitivo do Estado, além de trazer à baila o tema da falência do sistema prisional frente ao do ordenamento jurídico pátrio, explanando-se sobre a crise do sistema carcerário do Brasil.

O quarto capítulo, por sua vez, explanará a questão da separação orgânica-funcional entre os Poderes da República, discutindo o constitucionalismo dialógico, que diz respeito ao desenvolvimento do exercício de diálogo entre os Poderes nas soluções de problemas complexos. Além disso, cuidará de contextualizar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, como técnica de decisão, por meio da qual, juízes constitucionais, ao identificarem um quadro de violação massiva e sistemática de Direitos Fundamentais decorrentes de falhas sistêmicas no ciclo de Políticas Públicas, expedem ordens estruturais com o objetivo de superá-las.

Após esta análise, serão traçados os antecedentes históricos da referida técnica de decisão, apontando-se os pressupostos ou condições para o seu reconhecimento. O capítulo em apreço cuida também de abordar o tema das decisões estruturais, comuns quando se envolve o debate de questões ligadas a Políticas Públicas, cujo objetivo é o de afastar um quadro agressivo de inconstitucionalidades sistêmicas.

Por fim, será avaliado o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, através de uma análise sobre a ADPF nº 347, na qual se averigua a legitimidade do Poder Judiciário para a determinação de Políticas Públicas no âmbito do sistema carcerário brasileiro, suscitando, também, o tema do ativismo judicial.

Esta pesquisa é notadamente qualitativa, de raciocínio dialético, com caráter exploratório, realizada por meio do levantamento de fontes bibliográficas e

documentais como livros, artigos, teses, notícias jornalísticas e trabalhos de conclusão de curso sobre o tema em apreço. Ademais, possui como base a análise da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, concedida pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015.

2 PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIRECIONADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

É íntimo e indissociável o vínculo existente entre os Direitos Fundamentais e as noções de Constituição e Estado no âmago de um Estado Social de Direito. Este vínculo é consagrado pela evolução constitucional, especialmente num cenário em que os Direitos Fundamentais sociais constituem exigências inafastáveis do exercício, de forma efetiva, das liberdades e garantias da igualdade de oportunidades, que remetem à noção de um Estado Democrático de Direito, o qual defende um conteúdo não apenas no plano formal, mas, sim, orientado pelos ideais de justiça material (SARLET, 2012).

Nunca houve tanto consenso internacional como há agora em relação à proteção dos Direitos Humanos como um todo. As nações do Ocidente concordam, em sua grande maioria, que a luta pelo desenvolvimento da civilização passa pela defesa e efetividade dos valores básicos ligados ao homem (PIOVESAN, 2018). No entanto, em algumas esferas da sociedade, esse discurso continua no plano ideal desalinhado ao da prática, como é o caso dos presídios. A conciliação do estado atual dos cárceres, principalmente os estaduais, com os Direitos Humanos é a grande questão do constitucionalismo brasileiro, uma vez que, a continuação das condições atuais põe em questão a normatividade da Constituição de 1988, especialmente os Direitos Fundamentais nela declarados, enfraquecendo também a doutrina da perspectiva objetiva de tais Direitos.

No campo dos Direitos Fundamentais, é comum que estes se desdobrem em duas perspectivas, na medida em que podem ser considerados tanto como Direitos subjetivos individuais, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade. Isso tem sido, indubitavelmente, uma das mais relevantes formulações do Direito constitucional contemporâneo, que envolve a força normativa dos Direitos Fundamentais, que acabam resultando na obrigação do Poder Público de desenvolver mecanismos de proteção e promoção de tais Direitos (SARLET, 2012).

O reconhecimento atual de que os Direitos Fundamentais possuem uma esfera objetiva própria, não ligada necessariamente à posição individual de algum demandante, traz consequências importantes ao sistema normativo e aos parâmetros de organização e funcionamento do Estado. Os poderes constituídos,

nessa linha, devem produzir atos jurídicos em conformidade com tais valores fundamentais, sendo inconstitucional qualquer medida legislativa, jurisdicional e administrativa que os contrariar. Embora a manifestação mais conhecida desses Direitos seja a subjetiva, como pretensão individual ou grupal, o olhar objetivo cada dia mais vem ganhando proeminência no debate judicial (MENDES, 2018). O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de autenticar a existência de uma face objetiva dentro de cada Direito fundamental. O Ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, defendeu que o Direito à vida possui uma dimensão universal, como bem coletivo, própria da sociedade como um todo (BRASIL, 2008a).

Para Gilmar Mendes (2018), no âmbito do Poder Legislativo, os Direitos Fundamentais exercem dupla função: uma negativa; outra, positiva. A função negativa corresponde ao dever de coerência das leis com as liberdades fundamentais, assim, os atos legislativos dissonantes deverão ser expurgados do sistema, seja pelo veto presidencial, seja pela jurisdição constitucional. Já a função positiva refere-se à necessidade de regulamentação de tais Direitos, quando assim exigirem, a exemplo da ampla defesa e do devido processo legal, ambos, possuindo, dentro deles, deveres de conformação legislativa, a explicitar o seu conteúdo e deixá-lo mais próximo da efetividade no plano processual. A omissão, em tal caso, pode ensejar o manejo dos instrumentos constitucionais aptos a afastá-las, no entanto, em certos casos, não se mostram totalmente eficientes, por apenas recomendar, em vez de determinar um fazer.

Nessa ordem de ideias, a Constituição Federal admite e exige, em alguns casos, a criminalização de condutas, a fim de proteger determinados bens jurídicos fundamentais. Sendo, inclusive, para alguns, a raiz material sobre a qual o Direito Penal seleciona as situações existenciais ou patrimoniais dignas de tutela. Com essa visão, Luiz Regis Prado (2020) advoga que é na Constituição Federal que o legislador ordinário deve buscar inspiração para a incriminação ou não de condutas. Nessa linha, os Direitos Fundamentais possuem uma função limitativa, porque não se considera prudente um Direito Penal que não tenha como finalidade a proteção de tais valores. O injusto penal, portanto, não pode ser meramente formal, exigindo, também, um conteúdo material, uma ilicitude material, passível de ser reprovada pelo contexto social na qual é inserida. (PRADO, 2020)

É certo que os Direitos Fundamentais, principalmente os de liberdade, também exigem, para bem atendê-los, que tal intervenção seja sempre subsidiária, isto é, ao Estado é permitido definir certos comportamentos como crimes, a fim de proteger interesses sociais fundamentais, expostos à ameaça ou à lesão. Entretanto, é proibido pela eficácia objetiva do Direito de liberdade, que o setor penal o faça sem considerar outros meios menos lesivos e com igual eficácia, é o caso das medidas administrativas de política e da indenização civil. (PRADO, 2020)

Também a Administração Pública está ligada aos Direitos Fundamentais. A noção objetiva de tais Direitos, vistos como valores coletivos, bens jurídicos essenciais à preservação da sociedade, exige das autoridades administrativas a edição de atos jurídicos alinhados a esses comandos. Nesse particular, assume especial importância a Administração penitenciária, integrante do Poder Executivo. Com efeito, há um conjunto de princípios claros na Constituição Federal com o objetivo de alinhar a atuação dos gestores do sistema penitenciário, a exemplo do Ministério da Justiça e das secretarias de segurança pública estaduais, como também daqueles que tratam diretamente com os presos, os agentes penitenciários e os diretores dos presídios.

Ainda em relação à administração penitenciária, conforme o Manual para Servidores Penitenciários (COYLE, 2002), há um modelo de boa gestão que é primordial que seja seguido. Ele se baseia em parâmetros internacionais, com regras mínimas para uma administração eficiente e consentânea com os Direitos Humanos, constituindo um ponto de referência para todas as nações.

As diretrizes do referido documento não se destinam a um Estado em particular, porque seu fundamento maior é o Direito internacional, composto por vários documentos, vinculantes para a maioria dos países, de que é exemplo o Pacto internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Também há vários documentos normativos que se dirigem, especificamente, aos agentes carcerários, como Código de Conduta para funcionários responsáveis pela execução. É verdade que esses instrumentos vigem no plano internacional, não se limitando e se referindo unicamente ao Estado brasileiro, mas, sem sombra de dúvidas, contribuem não só para explicitar os Direitos dos presidiários como também para complementá-los no

plano objetivo, como metas e obrigações para o Estado-administração. (COYLE, 2002)

O Poder Judiciário também deve obediência à índole objetiva dos preceitos fundamentais que assegura vantagens e garantias aos indivíduos em face do Estado. Como já foi dito, tal entendimento tem sido bastante debatido entre as Cortes Superiores. Para bem citar um exemplo, ligado à execução da pena, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 por inviabilizar, invariavelmente, a progressão de regime quando se tratar de crimes hediondos (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, por mais que o Tribunal não tenha se referido explicitamente a perspectiva objetiva, é evidente que considerou a individualização da pena como um parâmetro objetivo indispensável na formatação das leis penais, sendo nula qualquer medida legislativa ou administrativa, que não observar tal comando (BRASIL, 2006). Quanto a esse ponto, percebe-se que são os Tribunais que farão o controle dos atos jurídicos lesivos à esfera objetiva. Também os juízes, no exercício da atividade jurisdicional, devem seguir as linhas substanciais do art. 5º da Constituição Federal. Vale dizer, por fim, que os Direitos Fundamentais funcionam como agentes condutores das condutas dos juízes, pelo que, devem observá-los, sob pena de nulidade de seus atos.

No entanto, em que pese a nova fase constitucional aparentar estar em sintonia com a perspectiva jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais, a mera edição do texto constitucional, como aconteceu com a Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), não tem se mostrado satisfatória no que toca à efetividade dos Direitos Fundamentais previstos. O Estado, até hoje, tem falhado quanto às garantias básicas como saúde, educação e segurança no âmbito carcerário, e, além disso, os remédios constitucionais também previstos em seu texto têm se revelado insuficientes e ineficazes na solução das significativas falhas estruturais, realçando indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser (LOPES, 2019).

É nesse (des)compasso que está mergulhado o Sistema Carcerário Brasileiro. O problema da superlotação nas prisões do Brasil é, indubitavelmente, uma das maiores questões de cunho social, político e econômico a ser enfrentada pelo país, que causa uma série de problemas, desaguando em violações graves de diversos

Direitos e garantias fundamentais de cada preso. A superlotação implica na precariedade do ambiente prisional, sendo forçoso inclusive dizer que, em alguns casos, cria-se um local de tortura, em razão das condições a que estão submetidos, decorrentes de altas temperaturas, falta de dormitórios, itens de higiene e alimentação, bem como pela decorrente proliferação de doenças aliadas à falta de medicação e demais atendimentos de saúde (SOUSA, 2018).

Esclareça-se que esse cenário de falhas atinente ao cumprimento dos Direitos Fundamentais do preso não está atrelado a uma omissão inconstitucional de elaboração de preceitos normativos, ou seja, não se trata de inexistência de disposição constitucional que guarneça os Direitos Fundamentais do encarcerado, mas sim, de acordo com (CAMPOS, 2016), da realização de categoria material, é dizer, embora haja leis e preceitos normativos que garantam determinado Direito fundamental ou social a esta categoria de pessoas, estes não podem ser usufruídos na prática, tendo em vista as falhas estruturais atribuídas aos poderes estatais que dão azo a um cenário de inexecução total ou parcial ou mesmo à ausência de Políticas Públicas que os resguardem.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESIDÁRIOS AOS OLHOS DO SISTEMA CRIMINAL

Os Direitos Humanos foram declarados formalmente somente a partir da *Magna Charta Libertarum*, no século XIII, resultado de um pacto entre o Rei João Sem-Terra e os barões ingleses, sendo estendidas somente a estes as regalias jurídicas advindas do pacto ali formulado, deixando de abranger os Direitos básicos ao restante da população, que representava a maioria à época. Nesse contexto, os Direitos Fundamentais surgem como normas jurídicas passíveis de serem exigidas judicialmente apenas no século XVIII, resultado das revoluções liberais, ocorridas na França e nos Estados Unidos da América. Esse período pode ser categorizado como constitucionalismo moderno, dando origem não só ao Estado Constitucional, mas também ensejando as Constituições escritas.

A partir da noção de Estado constitucional, que é voltado à limitação do Poder estatal mediante declaração de Direitos, as funções do Estado passam a ser repartidas entre vários órgãos distintos, exaltando a ideia de governo limitado. As funções legislativas e executivas são apartadas das jurisdicionais. Tendo, as duas primeiras, ligação direta com a democracia, conhecida como governo do povo, em que se entende que as leis que regerão a vida da comunidade devem ser elaboradas por quem sentirá os seus efeitos. É dizer, o povo cria as suas próprias normas de convivência.

Nesse contexto, a lei passa a ser identificada como a principal fonte do Direito, o qual, por sua vez, corresponde à legislação. Estado, lei e poder passam a ser vistos como conceitos quase idênticos, pois, só assim, a ideia de democracia estaria implementada (TAVARES, 2018).

Esta previsão aponta para a criação de limites para a atuação estatal, especialmente quanto ao poder punitivo do Estado, o qual, na época do antigo regime, era ilimitado. Com a proeminência da lei, fonte do Direito, a legalidade passa a reger o Leviatã impondo-lhe regras, procedimentos e valores que ele não pode mais deixar de observar. O poder de punir é conformado pelo mandamento de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (PRADO, 2020)

Segundo Prado (2020), o fundamento de tal postulado assenta-se na tutela dos valores da segurança jurídica, liberdade e igualdade, ao vincular os poderes constituídos no que diz respeito à potestade sancionatória. Para o referido autor, na esfera penal, a legalidade emerge como princípio reitor, na medida em que garante a tutela da liberdade pessoal, bem jurídico essencial ao homem.

A fim de garantir essa tutela jurisdicional, criaram-se, em todo o mundo, sistemas criminais que objetivam proteger o indivíduo. No caso brasileiro, a evolução histórica é composta por três fases. A primeira fase, denominada colonial, possuía como principal marco normativo as Ordenações do Reino, normas editadas pela Metrópole Portuguesa, mas aplicadas no Brasil, as quais se baseavam na ampla criminalização e em severas punições, como açoite, corte de membros e degredo. Na segunda fase, têm-se o Código Criminal do Império, alinhado com a Constituição de 1824, o qual rompe com o antigo sistema de persecução criminal, sendo mais garantista, embora contenha penas cruelíssimas. Já o período republicano, terceira fase da evolução histórica do sistema criminal brasileiro, criou-se o Código Penal Brasileiro, um ano antes da Constituição, o qual entrou em vigor em 11 de outubro de 1890, considerado como um defasado porque, além de ser elaborado às pressas, não absorveu os avanços doutrinários da época. (PRADO, 2020)

Atualmente, o Código Penal em vigor (BRASIL, 1940) elenca uma série de regras e princípios que visam limitar o poder punitivo do Estado. Considerado, nas palavras de Franz Von Liszt (1962 apud PRADO, 2020), como a “magna carta do delinquente” a legislação prevê o primado da legalidade, pelo qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, ou seja, deve ser respeitado o princípio da anterioridade, que significa a exigência de lei penal anterior ao fato, proibindo-se a retroatividade da norma, valendo para o futuro.

Além disso, a própria Constituição de 1988 traz, no seu artigo 5º, normas relativas ao exercício do poder punitivo do Estado, como a presunção de inocência, que considera o investigado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, pelo que é vedado ao Estado a adoção de medidas restritivas com base na culpabilidade do réu antes de decisão que não caiba mais recurso. Também prevê a proibição de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, caráter perpétuo, devido processo legal, dentre outros. (BRASIL, 1988)

Santos (2012), ao abordar o olhar dos poderes constituídos perante os Direitos Fundamentais dos infratores da lei penal, entende que o discurso oficial do Estado, no que diz respeito à função do Direito Penal, que é um instrumento que visa a garantir a proteção de bens jurídicos, é falho, uma vez que, na prática, envolve considerações de ordem econômico-social, não se destinando a proteger os bens jurídicos de todos os indivíduos indistintamente. Segundo o autor, a proteção estatal alcança somente os detentores de poder econômico, integrantes das classes sociais mais abastadas. Assim, o Estado, em sua atividade punitiva, considera-os como sujeitos de Direitos Fundamentais, merecendo um arcabouço jurídico-penal protetivo.

De acordo com Santos (2012), o discurso oficial não concorda com a realidade, porque os titulares dos bens jurídicos integrantes das classes sociais marginalizadas do mercado de trabalho, os quais não possuem importância dentro do sistema capitalista, não são tutelados como sujeitos. Nesse sentido, esses sujeitos são encarcerados pelo sistema formal de criminalização ou destruídos e eliminados pela arbitrariedade institucional do sistema de controle social, sem que haja apuração e processamento criminal desses fatos.

Ademais, o autor citado também acusa a desigualdade jurídica no processo de criminalização secundária, que envolve a aplicação e a execução da pena, afirmando que a competência social dos sujeitos criminalizáveis interfere no resultado do processo penal (absolvição ou condenação). O trabalho do autor afirma, ainda, que o sistema seleciona criteriosamente os sujeitos que serão responsáveis penalmente, quando cometerem crimes, os quais geralmente são indivíduos com baixa renda, marginalizados, autores de delitos contra o patrimônio, roubo e furto. Ademais, defende o autor que o sistema punitivo atua com maior rigor em face dos criminosos patrimoniais, porque a orientação latente é a proteção do capital. (SANTOS, 2012)

De acordo com Masson (2020, p. 05), a atividade de criminalização desempenhada pelo Estado divide-se em duas fases, a primeira delas é a criminalização primária, que corresponde ao “ato e o efeito de sancionar uma lei primária material, que incrimina ou permite a punição de determinadas pessoas”; a segunda, a criminalização secundária, que diz respeito à “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, que é verificada no momento em que os órgãos estatais

identificam um indivíduo a quem se imputa uma prática de um ato que foi primariamente criminalizado, fazendo recair sobre tal indivíduo a atividade investigativa, processual e executiva.

Sendo assim, os processos de criminalização primária, fase legislativa, e, a secundária, fase processamento e da execução da pena, só podem ser bem assimilados caso haja um paralelo entre a estrutura econômica de um Estado e a desigualdade social, que inegavelmente, constituem-se pano de fundo de qualquer sistema cuja finalidade seja a punição. (SANTOS, 2012)

Nesse sentido, os Direitos Fundamentais assumem a condição de objetos negociáveis, na medida em que perdem espaço ante a virulência punitiva do legislador, que se vale de legislação simbólica ainda que isso custe agressão ao valor liberdade. Como resultado, observa-se, um superencarceramento decorrente, dentre outros fatores, de uma política criminal populista, voltada a controlar os indesejáveis ao olhos do sistema econômico, e a transmitir uma falsa sensação de segurança (RODRIGUES; BEZERRA; MEDEIROS, 2017).

De acordo com Tressa (2019), dentre as demais mazelas que assolam o sistema penitenciário, há que se ressaltar o fato de ser o aprisionamento um instituto falido, visto que não alcançou seu suposto objetivo, qual seja, o da ressocialização do indivíduo. Os efeitos surtidos na sociedade com o aprisionamento oneroso e degradante apontam que o referido instituto mostra ser obsoleto, existindo uma necessidade urgente de superação do atual modelo de sanção penal. No entanto, a figura do encarceramento está longe de ser superada, considerando as fortes raízes da cultura do aprisionamento que permeiam na sociedade, seja por razões econômicas, sociais, éticas ou políticas.

Segundo Lopes (2019), corroborada por Mello (2008), há uma notória situação de superencarceramento no sistema penitenciário brasileiro, acompanhada da ausência de acesso à educação, à saúde, ao trabalho e à assistência judiciária, o que compromete umas das finalidades da pena, que é a busca pela ressocialização do apenado. O sistema prisional brasileiro é fortemente seletivo, atinge, na sua quase totalidade penal, cidadãos das classes economicamente menos favorecidas e com os piores índices educacionais, cuja grande maioria não possui ensino fundamental completo. Esse cenário, aliado à ausência de controle estatal no cumprimento das penas, termina por favorecer o surgimento de poderes paralelos

de facções criminosas, culminando em constantes rebeliões de presos nas penitenciárias do país. Além disso, conforme pontua a autora, não é de causar surpresa o fato de que os Estados que detêm uma das maiores taxas de ocupações são, em regra, aqueles que já foram palco das piores rebeliões já verificadas no país. (LOPES, 2019)

Os meios de comunicação constantemente mostram como os presídios brasileiros estão superlotados e em condições insalubres. Neles, falta luz, ventilação, alimentação adequada, espaço para repouso noturno, segurança e outros elementos essenciais à dignidade do preso. Entre tantos problemas e falhas, mesmo os pesquisadores do tema não conseguem entrar em consenso sobre qual é o pior defeito do sistema carcerário. Para Fábio Félix Ferreira e Ueliton Santos de Andrade (2014), o principal problema é a superlotação, uma vez que esta rende ensejo à boa parte das outras irregularidades.

Certamente, os atuais números da população carcerária são a maior tragédia do século XXI. De acordo com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, em verificação realizada em 2016, haviam 726.712 pessoas presas no Brasil e, deste total, 5% é composto por mulheres. O levantamento aponta, ainda, que o número de vagas é menor que o necessário, havendo 368.049 vagas para os 726.712 presos, importando em um déficit de 358.049 vagas. (BRASIL, 2017a)

Nesse sentido, se o levantamento Nacional de informações Penitenciárias conclui que há um déficit de mais de 300 mil vagas, resta demonstrada, pelos próprios dados, a falência do sistema. Esta não decorre somente do pequeno número de vagas, embora haja uma correlação direta, porque a superlotação gera inúmeros outros problemas. As celas abarrotadas de presos trazem como consequência a redução da higiene, uma vez que suas funções fisiológicas são realizadas nesses pequenos espaços, criando um ambiente cujo odor é extremamente desagradável, além de outras ocorrências, como a violência e o stress por noites mal dormidas. Esse quadro devastador já foi identificado e confirmado por Organizações não governamentais internacionais, é o caso da *Americas Watch* e a Anistia Internacional. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2021; UOL, 2021)

A Anistia Internacional (ANISTIA INTERNACIONAL, 2021), em seu informe 2015-2016 sobre o estado dos Direitos Humanos no mundo, documento relativo a

160 países, concluiu que o Sistema Carcerário Brasileiro está deteriorado por conta de fatores estruturais, ligados à gestão dos cárceres, como a ausência ou insuficiência de assistência médica e jurídica, profissionais com baixa qualificação e treinamento. O relatório aponta que

Superlotação extrema, condições degradantes, tortura e violência continuaram sendo problemas endêmicos nas prisões brasileiras. Nenhuma medida concreta foi tomada pelas autoridades para resolver o grave problema de superlotação e as condições cruéis da Penitenciária de Pedrinhas no estado do Maranhão. Em outubro, foi revelado que um interno de Pedrinhas havia sido morto e parcialmente canibalizado por outros presos. Rebeliões de presos ocorreram em diversos estados. Em Minas Gerais, três detentos foram mortos durante uma rebelião no presídio de Teófilo Otoni, em outubro, e dois foram mortos em circunstâncias similares no presídio de Governador Valadares em junho. Em outubro, ocorreram distúrbios na penitenciária de Londrina, no Paraná. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2021, p. 64)

Sendo assim, a precariedade dos cárceres brasileiros é de conhecimento universal, na medida em que os organismos internacionais confirmaram essa realidade por meio de verificações pessoais e diretas.

A gravidade da crise do sistema carcerário possui várias razões, dentre as quais se destacam a incapacidade ou o desinteresse do Estado na aplicação da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal (LEP). Pode-se acrescentar a isso a indiferença da população quanto aos condenados, principalmente aqueles localizados nas classes econômicas mais vulneráveis, os quais sustentam o Estado atual, mesmo porque, a defesa política da necessidade de introduzir dignidade nos presídios, implica, quase sempre, na falência eleitoral ou moral de quem a faça. Nessa linha, poucos são os deputados ou senadores que debatem a falência do sistema prisional, visto que se percebe que este tema não é pauta da agenda política, primeiro, porque os presos estão com os Direitos políticos suspensos, e, segundo, porque essa defesa representa a derrocada nas urnas, a julgar pela alta porcentagem populacional que defende a ideia de pena capital aos “bandidos”. (ANDRADE; FERREIRA, 2014)

Para resolver a questão da crise atual, é necessário que haja a realização do que determina a Constituição Federal como também dos documentos normativos infraconstitucionais. Se os Direitos Fundamentais dos presos fossem respeitados, jamais haveria um quadro de inconstitucionalidade com tal envergadura. Ademais, o Código de Processo Penal dispõe que a prisão, como medida processual de cautela, deve ser a última providência a ser tomada, quando falível todas as outras menos

gravosas (BRASIL, 1941). Vale dizer que o juiz deve aplicar medidas cautelares alternativas à prisão, caso sejam inadequadas aos fins que se dirigem, aí sim, é caso de prisão preventiva. Isso porque, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, de forma reiterada em seus diversos julgados, a liberdade é a regra e a prisão é a exceção. A prisão preventiva não tem como objetivo punição, mas sim possui fins processuais, de proteção das testemunhas e demais provas, da certeza de aplicação da lei penal e da garantia da ordem pública, por isso, o seu viés punitivo é inexistente. Prova disso são as ordens de Habeas Corpus nº 137.728/PR (BRASIL, 2017b) e nº 93.883/SP (BRASIL, 2008b), concedidas pela Suprema Corte.

Ainda sobre a prisão processual como mecanismo excepcional, é importante mencionar as lições de AVENA (2008, p. 1034), segundo o qual,

em termos legais, fica evidente que a reforma determinada pela Lei 12.403-2011 consagrou a natureza da prisão processual como a de uma medida cautelar, como, aliás, já era há muito tempo reconhecido em nível de doutrina e jurisprudência. Isto é importante porque referenda, de uma vez por todas, a exigência dos requisitos das medidas cautelares em geral para a prisão processual, quais sejam, *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*: o primeiro traduzindo o risco à efetividade do processo penal causado pela liberdade plena do réu em face da ordem pública ou econômica, da conveniência à instrução criminal e da aplicação da lei penal; e o segundo, a existência de indícios suficientes de autoria e de prova da existência do crime.

A falha do Estado em cumprir com os seus deveres legais acaba por criar um ambiente prisional sem normas, sem coerência e, principalmente, comandado pelas facções criminosas. É dizer, a relação entre desumanização do cárcere e a hegemonia das facções dentro dele é direta. Na medida em que o Estado deixa de fornecer segurança aos detentos, permitindo a criação de um ambiente propício à violência; de fornecer alimentação digna e medicamentos indispensáveis; e de conceder assistência religiosa, o caos se instala, instaurando-se um terreno fértil para atuação das organizações criminosas, que, nesse contexto, exercerá, parcialmente, o papel do Estado. É noticiado pelos meios de comunicações as benesses que tais grupos ilícitos concedem não só a presos, como também aos seus familiares, fazendo com que, ele se integre e faça parte da estrutura criminosa. Desse modo, cada vez mais, se retroalimentam. (AVENA, 2018)

De acordo com o Plano Diretor do Sistema Penitenciário (BRASIL, 2012), o Governo Federal elegeu 16 assuntos estratégicos como objetivos primordiais na busca pelo aprimoramento do sistema prisional brasileiro, a serem monitorados e

avaliados pelo Departamento Penitenciário Nacional, dentre os quais, está a assistência jurídica, que compreende o Direito à defesa jurídica a presos provisórios, condenados e internados, que comprovem a insuficiência de recursos para constituir um patrono, a qual deve ser ampliada e efetivada com o fim de atender à Constituição e a Lei de Execução Penal. Além dela, está prevista a aplicação de penas restritivas de Direito – conhecidas como penas e medidas alternativas –, cuja sanção penal seja de curta duração, assim considerada aquela que seja cominada em até 04 anos, em caso de crimes praticados sem a presença de violência e grave ameaça.

3.1 A FALÊNCIA DO SISTEMA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, todas as pessoas são dotadas de dignidade (BRASIL, 1988). É consenso entre os autores que ela é um dado anterior à ordem normativa, tratando-se de atributo ontológico, da natureza do ser, isso porque os homens são seres de fins absolutos, dotados de valor por si mesmos (PRADO, 2020). Seguindo essa linha, nem seria preciso um conjunto de leis para conferir respeito aos atributos básicos dos presos, enquanto pessoas, dotados de dignidade. A própria concepção de pessoa humana, seja na lógica cristã de que o homem é feito a igual semelhança dos outros homens, seja na lógica do jusnaturalismo, que defende a existência de Direitos inatos, próprio dos humanos, seres racionais, já constitui argumentos suficientes para repudiar o quadro atual do sistema carcerário (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018; MENDES, 2018).

O nascimento do Estado de Direito, contudo, e, mais recentemente, a sua transformação num Estado Democrático de Direito, como prevê o art. 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), reforçou as concepções protetivas cristãs e jusnaturalistas, eis que consagrou a dignidade humana como norma a ser respeitada e promovida pelo Estado.

A Constituição, centro nuclear do sistema jurídico, passou a ser recheada de valores fundamentais, alinhados aos discursos cristão e jusnaturalista de valorização do homem como ser dotado de dignidade, exigindo dos poderes constituídos a implementação dos seus comandos, sob pena de a maior lei do Estado se tornar um conjunto de palavras vãs. (HESSE, 1991)

Dessa forma, a Constituição adverte que a integridade física e moral do preso devem ser preservadas, prevendo o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, idade e sexo do apenado, bem como a permanência da presidiária em companhia dos filhos durante o período de amamentação (art. 5º, XLVIII, XLX e L, da Constituição Federal) (BRASIL, 1988). Ademais, dispõe sobre a vedação da tortura e das penas cruéis e degradantes. No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal garante ao condenado todos os Direitos que não foram suspensos em razão da sentença, a exemplo dos Direitos políticos, de votar e ser votado, os quais são temporariamente negados aos condenados. (BRASIL, 1984)

No entanto, somente a previsão constitucional não tem se mostrado suficiente para remover as agruras do cárcere. É preciso mais. Os presídios continuam lotados, em condições desumanas, violando diretamente o princípio da dignidade humana, bem como o preceito constitucional supracitado referente à proteção da integridade física e mental. Todos esses Direitos e garantias são anulados porque os órgãos competentes e a sociedade civil não os consideram legítimos, haja vista o descaso com que os presos são tratados, a inércia dos poderes políticos. Nesse sentido, as recentes pesquisas realizadas, apontam que 43% da população concorda com o termo de que “bandido bom é bandido morto” (OVALE, 2021). Esse discurso vem na linha das políticas adotadas pelos governos estaduais, aumentando o quantitativo de agentes da segurança pública, a fim de passar uma mensagem de que tais medidas trarão o sossego público.

Se olharmos para as últimas décadas vivenciadas no Brasil, constatar-se-á que ele evoluiu em vários pontos estruturais, como no aumento da renda per capita, diminuição do analfabetismo, da fome e do desemprego. Não há como negar, portanto, que a Constituição de 1988, com um amplo catálogo de Direitos Fundamentais, com destaque para os sociais, contribuiu diretamente para esta transformação. No entanto, também é evidente que a força normativa dos Direitos Fundamentais não conseguiu penetrar na intimidade dos cárceres, visto que estes espaços continuam sendo porões brasileiros, depósitos humanos, um espaço sem lei e regras, em que a normatividade segue falhando. (ANDRADE; FERREIRA, 2014)

3.2 CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO DO BRASIL

Cezar Roberto Bitencourt (2011) assevera que quando a prisão tornou-se a principal resposta penal lógica, especialmente a partir do século XIX, imaginou-se que ela seria uma forma adequada para conseguir a reforma do delinquente, de modo que, durante muitos anos vigorou um cenário otimista, de considerável convicção de que a prisão teria o condão de realizar todas as finalidades da pena e que, atendendo a certas condições, haveria possibilidade de reabilitar o agente criminoso. Para o autor, o otimismo inicial esvaiu-se e, hoje em dia, predomina certa atitude pessimista, em relação a qual não se tem esperanças acerca dos resultados que se possa alcançar com a prisão tradicional. Além disso, aponta que a crítica a tal cenário tem sido tão recorrente que se pode afirmar, sem embargo, que a prisão está em crise. Tal crise envolve também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, tendo em vista que expressiva parte das críticas feitas à prisão, remonta à impossibilidade, em grau absoluto ou relativo, de gerar algum efeito que seja positivo sobre o apenado.

Ao tecer estudos sobre a crise do sistema prisional brasileiro, Sousa (2018) é categórica ao afirmar que o quadro de crise nos presídios é diferente de qualquer outra já identificada em outras áreas do país, a exemplo da educação, isso porque, segundo ela, no sistema carcerário não há apenas meras falhas ou escassez de recursos, como verbas, mas sim um conjunto de falhas que demonstram uma universalidade de falências, a saber, omissões, ações, irregularidades e, claro, violações de Direitos. Toda essa situação é atribuída ao Poder Público e acaba afetando o sistema prisional, resultado claramente agravado pelo fato de que tal realidade é resultado da inação ou ausência de coordenação dos poderes estatais.

Para melhor abordar a crise do sistema carcerário, é necessário compreender como ele funciona, em suas linhas gerais, e qual a funcionalidade administrativa de suas principais instituições e estabelecimentos.

3.2.1 Instituições e estabelecimentos prisionais

A legislação brasileira prevê a existência de um órgão de execução penal e de uma série de estabelecimentos destinados a proporcionar o adequado

encarceramento dos agentes criminosos, observados os regimes prisionais a que são condenados a cumprir suas respectivas penas, quando for o caso. Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio estabelece os órgãos e estabelecimentos elencados a seguir.

3.2.1.1 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)

A onda progressista estabelecida no Brasil a partir do fim da Ditadura Militar, no processo de reabertura democrática e, mais especificamente, com a sanção da Constituição Federal de 1988, possibilitou a criação de Conselhos Gestores de Políticas Públicas. As correntes teóricas que preconizavam a necessidade de estabelecimento de uma democracia mais participativa entendiam que havia uma necessidade de extrapolar o momento pontual do voto nas eleições, apontando para uma participação mais ampla dos cidadãos na elaboração e execução das Políticas Públicas.

Foi nesse contexto que surgiu, em 1989, o Conselho Nacional de Segurança Pública (CONASP) e, depois dele, foram criados outros conselhos gestores importantes para a Política Nacional de Políticas Públicas. Os Conselhos de gestão das Políticas Públicas foram criados, neste sentido, como “espaços de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil, de natureza deliberativa, cuja função é formular e controlar a execução das Políticas Públicas setoriais” (FÉLIX, 2018, p. 66).

De acordo com Félix (2018, p. 71), o CNPCP é “o primeiro órgão da execução penal”. Vinculado ao Ministério da Justiça, ele é composto por treze integrantes, com mandato de dois anos e reuniões mensais. As atividades mais importantes de que trata o Conselho são o “cumprimento da pena dos presos e a fiscalização das instalações prisionais” (FÉLIX, 2018, p. 71). Além disso, a cada quatro anos, o órgão é responsável por elaborar o “Plano Nacional de Política Criminal”, estabelecendo as principais diretrizes para a política criminal e penitenciária no Brasil.

Sobre o Plano, Félix (2018, p. 71) argumenta que:

O documento se divide em duas partes. A primeira apresenta as medidas relacionadas à porta de entrada do sistema penal, com o objetivo de revelar o que tem levado ao quadro atual da política criminal. Inicia-se com a indicação da necessidade de adequação da política criminal e penitenciária aos modernos instrumentos de governança em política pública, medida que

se sobrepõe a todas as outras e demanda das três esferas de poder o alinhamento para a promoção de uma política que guarde relação com parâmetros de eficácia e efetividade exigidos para uma política pública. Em seguida, apontam-se as alternativas penais, com a *priorização* da justiça restaurativa e da mediação penal, como primeira opção da política pública, com vistas à superação do paradigma punitivo e combate à cultura do encarceramento.

O documento estabelece, ainda, a participação social como uma prerrogativa para o sucesso da Lei de Execução Penal, no que tange os aspectos criminais e penitenciários.

O CNPCP apresenta-se como um espaço importante para a reflexão coletiva sobre a crise do Sistema Carcerário Brasileiro, possibilitando o debate amplo de ideias na direção da superação dos graves problemas enfrentados pela sociedade no que diz respeito às políticas punitivas e tendo como pressuposto o “fortalecimento da política de reintegração social, para garantir apoio ao egresso do sistema prisional em seu retorno à sociedade” (BRASIL, 2015b, p. 06).

3.2.1.2 *Penitenciária*

O Brasil conta com, aproximadamente, 1,4 mil unidades prisionais destinadas aos “condenados pela justiça”, “submetidos à medida disciplinar de segurança”, “presos provisórios” e “egressos”, como prevê a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Os condenados à pena de reclusão são destinados às penitenciárias, e estas devem cumprir determinados requisitos preconizados na Lei.

O artigo 88 da Lei nº 7.210/1984 estabelece que “o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, tendo como “requisitos básicos” a “salubridade do ambiente” e uma “área mínima de 6,00m²” (BRASIL, 1984). Além disso, o §1º do artigo 82 da mesma lei, determina que mulheres e maiores de sessenta anos sejam “recolhidos a estabelecimento próprio e adequados à sua condição pessoal”. Exatamente por isso, o artigo 89 estabelece, como prerrogativa, que “a penitenciária de mulheres” deve ser “dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos”. A penitenciária masculina deve ser afastada dos centros urbanos sem que a distância se torne obstáculo à visitação. (BRASIL, 1984)

A Casa de Correção do Rio de Janeiro, criada em 1850, foi a primeira penitenciária brasileira. O Complexo Frei Caneca, como ficou conhecido, foi implodido em 2010 para a criação de um complexo habitacional. Inicialmente, os apenados ficavam juntos, mas com o advento da Constituição de 1824, no contexto da independência brasileira de Portugal, passou-se a considerar o tipo de crime e a pena estabelecida, um processo de “individualização da pena” que foi consolidado com o primeiro Código Penal Brasileiro, de 1930. De acordo com a pesquisa de Pinto (2006, p. 16), a “detenção e a reclusão tornaram-se as formas essenciais de castigo”.

As ideias de punição progressiva da pena e de ressocialização educativa, foram implementadas apenas com o estabelecimento da Constituição republicana de 1890, “criando um regime penitenciário de caráter correccional”, entretanto, a “deficiência na perfeita sincronia entre” os Poderes “Executivo, Legislativo e Judiciário” apresenta-se como obstáculo tanto à progressividade quanto à ressocialização (PINTO, 2006, p. 19). Essa conjuntura corrobora com a crise do Sistema Carcerário Brasileiro.

3.2.1.3 Colônia Agrícola, Industrial ou Similar

Diferentemente das penitenciárias, que se destinam à reclusão total das pessoas presas em regime fechado, as Colônias Agrícolas, Industriais e Similares destinam-se à prisão parcial do preso para cumprimento da pena em regime semiaberto, como estabelecido na Lei de Execução Penal. Se a lei determina que o preso em regime fechado tenha Direito a sela individual nas penitenciárias, nas Colônias prevê o alojamento coletivo, observando “a seleção adequada dos presos” e “o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena”. (BRASIL, 1984)

3.2.1.4 Casa do Albergado

São ambientes preparados para receber presos do “regime aberto” ou com “pena de limitação de fim de semana”. O artigo 94 da Lei nº 7.210/1984 estabelece que o “prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais

estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga”. A Casa do Albergado deve ter “aposentos para acomodar os presos” e, também, “local adequado para cursos e palestras”, além de contar com serviço permanente de “fiscalização” e “orientação dos condenados” (BRASIL, 1984)

3.2.1.5 Centro de Observação

O Centro de Observação consiste em um equipamento público, vinculado à Lei de Execução Penal, que destina-se à realização de “exames gerais e o criminológico”, além de também poder realizar “pesquisas criminológicas”. O acompanhamento das ações realizadas deve ser realizado pela “Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, a qual é presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social”, sendo responsável pela elaboração do “programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório”. (BRASIL, 1984)

3.2.1.6 Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico destinam-se aos presos considerados “inimputáveis e semi-imputáveis”. “A Lei determina que tais estabelecimentos garantam aos presos a “salubridade do ambiente” e uma área mínima de 6,00m²”, além do “exame psiquiátrico e demais exames necessários ao tratamento”. Na ausência de hospitais dessa natureza, o “tratamento ambulatorial” pode ser realizado “em outro local com dependência médica adequada”. (BRASIL, 1984)

Ademais, o Código Penal determina que a “internação” ou “tratamento ambulatorial” ocorrerá por “tempo indeterminado” e a “desinternação” ou “liberação” será sempre condicional ao risco que este possa porventura proporcionar à sociedade (BRASIL, 1940).

3.2.1.7 Cadeia Pública

Segundo o prescrito na Lei nº 7.210/1984, cada comarca deve possuir, no mínimo, uma cadeia pública, “a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal”, bem como a “permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar”. Essas unidades prisionais precisam ter, como previsto no artigo 88 dessa mesma Lei, condições de salubridade para os presos e espaço físico mínimo de seis metros quadrados. As cadeias públicas destinam-se “ao recolhimento de presos provisórios”, suspeitos ou em situação de flagrante delito, e sua permanência dar-se-á por um curto espaço de tempo. (BRASIL, 1984)

3.2.2 A alta incidência de doenças infectocontagiosas e a ação de facções criminosas dentro dos presídios

No entanto, apesar da previsão normativa que organiza o sistema visto anteriormente, a inércia dos Poderes Públicos e a falta de coordenação entre eles, faz com que se revele um cenário incompatível com a previsão dos mecanismos que visem garantir um encarceramento capaz de obedecer aos ditames legais e constitucionais.

Além disso, segundo Fernandes e Righetto (2013, p. 121), o Sistema Carcerário Brasileiro convive com uma série de problemas graves que materializam a sua atual crise, tais como “a superlotação, a higiene e saúde, as rebeliões, a não aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana”. Esses problemas acarretam, para os autores, na impossibilidade da “ressocialização do detento ao convívio social” (FERNANDES; RIGHETTO, p. 21). Assim, os presos estão submetidos ao “descaso” e à ausência de qualquer proteção à sua dignidade.

Silva (2021) considera que “o Brasil enfrenta a mais séria crise de superlotação carcerária de sua história”. Ademais, segundo a autora, a situação de “superlotação das cadeias, a precariedade e as condições desumanas em que os presos vivem nos dias de hoje é a maior agravante da falência do sistema” (SILVA, 2021).

Como citado, a saúde dos presos é uma das evidências da crise do sistema carcerário. A boa saúde dos prisioneiros é uma das condições para a sua ressocialização. Entretanto, diversos estudiosos apontam para a omissão ou ineficácia das Políticas Públicas de saúde nas penitenciárias, cadeias e casas de

acolhimento brasileiras. A LEP, no seu artigo 14, assegura “assistência à saúde do preso e do internado”, compreendendo o “atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984).

Moraes, Tanaka e Ferreira (2020, p. 03) chamam atenção para o descumprimento do prescrito no artigo 14 da LEP, apontando para a realidade das “péssimas condições dos ambientes prisionais, como selas sujas, sem ventilação, sem iluminação solar e superlotadas”, o que para eles acaba se transformando em “um ambiente propício a disseminação de doenças”, comprometendo até mesmo a saúde de funcionários das instituições prisionais.

A difusão de tuberculose entre os presos, por exemplo, é uma das grandes preocupações dos estudiosos da área de saúde. A doença é considerada um problema de saúde pública em razão do alto índice de contaminação. Estima-se que, entre detentos, a taxa de incidência da doença seja provavelmente vinte vezes maior que o estimado para a população em liberdade (BRASIL, 2015c). O elevado índice de contágio dessa doença nos presídios se justifica em razão das condições ambientais, já relatadas nesta pesquisa, como a superlotação, a ventilação deficiente e a inexistência de serviços de saúde, dentre outros. A tuberculose é uma doença infectocontagiosa, com transmissão aérea, que encontra nos ambientes com pouca ventilação e iluminação o local ideal para a sua disseminação.

Uma pesquisa realizada pela médica pneumologista da Secretaria de Administração Penitenciária do estado do Rio de Janeiro, Alexandra Roma Sanchez, indicou que boa parte dos detentos dos presídios do Rio de Janeiro estão infectados pela tuberculose, com taxa de incidência 30 vezes maior que a população do estado. A análise, publicada na Revista de Atenção à Saúde, verificou também as altas taxas de incidência da doença, com base em dados coletados em períodos distintos, confirmando que a questão está presente em qualquer época nos presídios brasileiros. Este estudo também identificou que, quanto maior é o tempo de cárcere, maior será a incidência da doença nos presidiários. (MACHADO et al., 2016)

Outra doença também disseminada dentro dos presídios, é a Síndrome Imunodeficiência Humana Adquirida (AIDS). Pesquisadores da Universidade de São Paulo, em 1997, afirmaram que, embora seja obscura a real taxa de infecção entre os presidiários, a certeza é de que ela não é insignificante, girando em torno de 20 por cento da população carcerária do Brasil (BIANCARELLI, 1997). Entre as razões

dessa alta incidência, Reis e Bernardes (2011) consideram as posturas sexuais de risco e o uso de drogas injetáveis. Somado a isto, Csillaq (1993), em matéria para a Folha de São Paulo, informou que a relação da AIDS com a tuberculose é fatal, haja vista que a imunidade do infectado destrói-se em função do HIV.

Mais recentemente, podemos falar de outra doença infecciosa que se espalhou por todo o mundo, o Coronavírus SARS-CoV-2 (COVID-19), que já matou mais de 2 milhões de pessoas, segundo informação do portal de notícias G1 (G1, 2021b). No Brasil, as taxas já ultrapassaram, em março de 2021, mais de 300 mil mortos (G1, 2021a).

Em relação aos presídios, a situação também é catastrófica, levando vários estudiosos a debater sobre ela, a fim de buscar soluções. É o caso de Costa (2020), que expõe a grande contradição do superencarceramento com as medidas de isolamento social, indispensáveis para conter a propagação do novo Coronavírus. A par de tal realidade, o Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos advertiu sobre a realidade dos detentos nos presídios da América Latina, no contexto da pandemia provocada pela COVID-19. Conforme o organismo internacional, as condições dos presídios já eram angustiantes, com a pandemia, as preocupações com os Direitos Humanos dos presos se aprofundaram (BRASIL, 2020b).

Não por outro motivo, o Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, da Câmara de Deputados do Brasil, requereu das autoridades competentes informações sobre a situação da pandemia nos presídios, as quais deveriam ser entregues até 15 de maio de 2020, porém não obteve respostas. Segundo a Agência de notícias, há um monitoramento realizado pelo CNJ, que constatou uma subida no número de mortes dentro dos cárceres. No início de 2021, o número de mortes pela COVID-19, entre os privados de liberdade e os servidores, saltou de 20 óbitos para 58. (BRASIL, 2020a)

Os dados apresentados sobre a situação de saúde dos presos corroboram com a tese de que o Brasil atravessa uma crise no seu Sistema Carcerário. A falha do Estado em cumprir com os seus deveres legais acaba por criar um ambiente prisional sem normas e sem coerência. A consequência da omissão estatal é a negação dos Direitos e garantias constitucionais relacionadas à dignidade da pessoa humana. Uma situação agravante dentro da crise do sistema prisional brasileiro é

que a ausência de Políticas Públicas abre espaço para o fortalecimento de facções criminosas que passam a comandar os presídios.

Essa conjuntura revela a relação entre a desumanização do cárcere e a hegemonia das facções dentro dele. Na medida em que o Estado deixa de fornecer segurança aos detentos, permitindo a criação de um ambiente propício à violência, de fornecer alimentação digna e medicamentos indispensáveis, e de conceder assistência religiosa, o caos se instala, criando um terreno fértil para atuação das organizações criminosas, que, nesse contexto, exercerá, parcialmente, o papel do Estado.

Desde fins da década de 1970, as facções criminosas têm protagonizado um cenário de insegurança, violência e concessão de benefícios em torno do enriquecimento ilícito, através, principalmente, do tráfico de pessoas, drogas ilícitas, armas, dentre outros. As facções estão presentes nos presídios há muitas décadas e as fragilidades do Sistema Carcerário garantem a continuidade das atividades ilegais das facções dentro dos presídios.

A crise do Sistema Carcerário Brasileiro pode ser traduzida pela combinação de três fatores: a insuficiência, a ineficácia e a ausência de Políticas Públicas. A sanção da Lei nº 10.792/2003, que estabeleceu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), é uma das mais impactantes ações estatais contra a hegemonia das facções criminosas nos presídios (BRASIL, 2003). O RDD possibilitou a utilização de duas estratégias: a interiorização dos presídios e a criação de unidades prisionais com regime diferenciado (BRASIL, 2003). Entretanto, essa estratégia contribuiu para o fortalecimento e a expansão das facções criminosas. Souza (2019), por exemplo, explicita o crescente processo de recrutamento dos presos realizado pelas facções criminosas. Já os meios de comunicação de massa revelam as benesses que tais grupos ilícitos concedem não só a presos, como também aos seus familiares.

Outra importante medida estatal na busca pela resolução da crise do Sistema Carcerário Brasileiro foi a elaboração, em 2012, do Plano Diretor de melhorias para o Sistema Prisional, onde o Governo Federal elegeu 16 assuntos estratégicos como objetivos primordiais na busca pelo aprimoramento do sistema prisional brasileiro, com a previsão de monitoramento e avaliação a ser efetivado pelo Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2012).

Os assuntos estabelecidos como objetivos específicos, no Plano, são: “Assistência jurídica”, “Alternativas penais”, “Comissão técnica de classificação”, “Conselhos da comunidade”, “Diminuição do déficit carcerário”, “Aparelhamento e Reaparelhamento”, “Ouvidoria”, “Escola de administração prisional”, “Infopen”, “Profissionais do sistema prisional”, “Patronatos”, “Saúde no sistema prisional”, “Educação no sistema prisional”, “Assistência laboral e profissionalização”, “Assistência à família do preso” e “Mulher presa e egressa” (BRASIL, 2012).

De acordo com o Plano (BRASIL, 2012, p. 06), um de seus objetivos primordiais é a

reestruturação do atual modelo prisional brasileiro, resultando em um sistema mais humano, seguro e que atenda tanto à legalidade quanto ao tratamento básico ao preso, o Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Prisional permite a realização de um levantamento quantitativo e qualitativo, identificando as principais necessidades de cada região do Brasil. A partir deste levantamento serão definidas ações, pelo Depen/MJ, visando solucionar/minimizar as dificuldades encontradas pelas unidades da federação, bem como otimizar a utilização e repasse de recursos federais.

Tanto as ações realizadas como desdobramento do RDD, quanto as medidas estabelecidas no Plano Diretor, se mostraram insuficientes ou incapazes de solucionar o problema da crise do Sistema Carcerário Brasileiro. A crise poderia ser resolvida pela efetividade da Constituição Federal, como também, das leis infraconstitucionais. Se os Direitos Fundamentais dos presos fossem respeitados, jamais haveria um quadro de inconstitucionalidade com tal envergadura. Ademais, o Código de Processo Penal dispõe que a prisão, como medida processual de cautela, deve ser a última providência a ser tomada, quando falível todas as outras menos gravosas.

Um importante elemento que contribuiria para debelar a crise no sistema penitenciário brasileiro seria a implementação da Lei de Execução Penal, especificamente no ponto relativo ao trabalho e ao estudo dos apenados. A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) nº 6 de 2015, da Câmara dos Deputados, “destinada a investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro”, considerou, em seu relatório final, que o trabalho e o estudo são elementos relevantes no processo de ressocialização dos presos. O fato de os condenados estarem submetidos à desocupação (nem trabalhando, nem estudando) contribui, sobremaneira, para a perpetuação da falência prisional. (BRASIL, 2015a)

4 A SEPARAÇÃO ORGÂNICO-FUNCIONAL ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA

O desatino do estado do Sistema Carcerário Brasileiro espirra diretamente sobre a sociedade, que reflete desde a área do planejamento familiar até nas questões de caráter econômico e, ainda, na consequência mais visível, que é o desafio da concretização de políticas de segurança pública. É nesta última que se centra a problemática acerca da atuação judicial sobre a postura dos demais poderes.

Muito embora o Estado Democrático de Direito não permita que o Poder Judiciário formule e implemente Políticas Públicas, é importante ressaltar que, em ocasiões excepcionais, em que o Executivo e Legislativo forem omissos e vierem a abalar a eficácia e integridade dos Direitos individuais ou coletivos, terá vez o Judiciário, por meio de instrumentos que sejam eficazes no controle e determinação de execução das Políticas Públicas no que toca aos preceitos fundamentais dos presos (MELLO, 2008).

Nesse contexto é que assenta o debate acerca da atuação do Poder Judiciário no âmbito da falha ou ausências quanto à execução das Políticas Públicas voltadas ao sistema carcerário, no caso, se essa atuação mais ativa e atípica confronta ou não o Princípio da Separação dos Poderes.

O esquema da Separação de Poderes refere-se à separação funcional por meio de órgãos estatais em esferas institucionais distintas. Dividem-se funções no plano horizontal, de modo que nenhum poder é soberano em face do outro. Tamanho é o prestígio desse dogma no constitucionalismo moderno que a Declaração de Direitos dos Homens, de 1789, consagrou que não haverá Constituição se no Estado não houver a Separação de Poderes. Conclui-se, desse modo, que tal princípio faz parte da coluna vertebral dos estados modernos. Esse argumento também é defendido pelo professor titular da Universidade de São Paulo, André Ramos Tavares, para quem “transformou-se esse princípio no cerne da estrutura organizatória do Estado, verdade axiomática, irrefutável” (TAVARES, 2018).

Para o Tavares (2018), quem deu significação científica à teoria em questão foi Montesquieu. Aquele autor, no entanto, ressalta o pensamento que Montesquieu

tinha sobre a função jurisdicional, considerando-a como a boca da lei. É dizer, aos juízes não cabe ir além do que a literalidade da lei prevê. Os antecedentes históricos dessa teoria demonstram a sua ligação profunda com uma ideia de superioridade da lei, produto da razão. Em outras palavras, o objetivo de tal dogma não era garantir um equilíbrio entre as funções do Estado de Direito, mas legitimar o alto posto do legislativo, que, no fim, tinha a condução do Direito. Significa dizer que não havia equivalência, em termos de importância, entre os diferentes órgãos do Estado. A lei era vista como a expressão do Direito, não admitindo, por isso, o controle jurisdicional sobre ela. (TAVARES, 2018)

Essa visão veio, sobretudo, da Inglaterra, presente na máxima *rule of law*, império da lei, quer dizer, o Executivo e o Judiciário somente podem aplicá-la, agindo de acordo com ela. Sob outro ângulo, a concepção mais atual de Separação de Poderes, baseada nas garantias individuais, reparte as funções em vários eixos diferentes, com o objetivo de limitar o poder, refutando a concepção antiga de primazia da lei.

Dalmo de Abreu Dalari (1998), com base na obra de Montesquieu, afirma que o objetivo da separação nada mais era que proteger a liberdade, porque caso houvesse concentração, não haveria liberdade, haja vista que uma lei tirânica poderia ser criada e aplicada pelo mesmo elaborador. Nesse sentido, a Separação de Poderes busca evitar a consolidação de sistemas absolutos. Em um segundo momento, houve uma ampliação dessa ideia para incluir, também, outra finalidade, qual seja, a de ampliar a eficiência do Estado por meio da especialização de funções, em que cada função caberia a um órgão distinto. Ressalte-se que a construção dessa teoria da divisão de poderes encontrou fundamento na época do Estado Liberal, voltado à preservação dos Direitos individuais, em que não se aceitavam intervenções estatais a fim de ampliá-los ou para concretizar uma igualdade material. (DALARI, 1998)

Não há uma uniformidade quanto ao conteúdo do dogma da Separação de Poderes, embora haja um ponto característico em todas as tentativas de um conceito: a limitação do poder estatal. Com efeito, a ideia nuclear de tal princípio traduz-se no equilíbrio entre os poderes. (TAVARES, 2018)

No que diz respeito à divergência de significado, observa-se que, na França, a concepção de separação entre os poderes corresponde a não intromissão de um

poder na esfera de outro poder. Como resultado, criou-se dois modelos de jurisdição; uma administrativa, cujos órgãos integram o próprio Poder Executivo, com competência para julgar os atos administrativos (contencioso administrativo); outra, comum, que julga os particulares de maneira geral (DI PIETRO, 2020). A doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2020) apresenta o fundamento jurídico pelo qual se instituiu na França tal sistema dual. De acordo com a autora,

com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, em cujos termos “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem. (DI PIETRO, 2020, p. 83)

Enquanto a Separação de Poderes na França impede os juízes da Jurisdição comum de conhecer as matérias concernentes à Administração Pública, na Inglaterra e nos Estados Unidos, baseados na concepção de império da lei e de *judicial review*, identifica-se a separação funcional, de modo que nenhum poder pode exercer atividades próprias de outros poderes, razão pela qual somente o Judiciário possui poder jurisdicional, com o atributo da coisa julgada material. (DI PIETRO, 2020)

Outra visão a respeito da Separação de Poderes vem sendo construída pelos constitucionalistas modernos, a exemplo de Gargarella (2013), o qual faz uma leitura da separação funcional distinta, em alguns pontos, da realizada por Montesquieu. Para ele, Montesquieu erra ao fixar as funções estatais de maneira rígida e em órgãos herméticos, isto é, fechados para um diálogo cooperativo com os demais poderes. Nesse sentido, o autor exige uma resignificação desse princípio para nele abarcar uma postura cooperativa a fim de atingir os fins do Estado de maneira otimizada. (GARGARELLA, 2013)

4.1 CONSTITUCIONALISMO MODERNO E O DIALÓGICO

É claro que o modo de ver o papel do constitucionalismo – e as configurações que lhe tocam – vão mudando conforme as necessidades de uma dada época. Houve um tempo em que se imaginava que a função do constitucionalismo se restringia a garantir Direitos individuais, com o intuito de limitar o arbítrio do Estado. Como o Direito, primeiramente, teve origem consuetudinária, esse movimento

político, cultural e social não reivindicou, em seu nascedouro, a elaboração de Constituições escritas, produto do século XVIII, mas sim a limitação do poder político por meio da garantia de Direitos.

Seus antecedentes históricos remontam à antiguidade clássica, em que os povos hebreus, baseado nas leis do Senhor, constituíram um regime essencialmente teocrático. É verdade que esse modelo de constitucionalismo possui contornos limitados, eis que dentro dele não há uma concepção de defesa dos Direitos Humanos, tampouco uma limitação rígida do poder político. (CUNHA JUNIOR, 2018)

Posteriormente, houve manifestações desse modelo político na Grécia, com destaque para o voto direto, caracterizando uma democracia direta. Nesse contexto, embora nem todos possuíssem Direitos políticos em vigência, havia discriminação com base na capacidade econômica, no gênero, dentre outros. Roma também foi um lugar onde se concretizou concepções constitucionalistas, notadamente pela ideia de pesos e contrapesos, de modo que, repartia-se o poder com o objetivo de limitá-lo (CUNHA JUNIOR, 2018). Dirley da Cunha Junior (2018) ressalta a diferença entre a democracia ateniense e o regime político romano, apontando que naquela vigorava a limitação do poder por meio do voto popular, enquanto os romanos construíram mecanismos institucionais em que o poder controla a si próprio mediante a separação de funções.

O constitucionalismo chega à era medieval com novas características, com destaque para o surgimento de documentos escritos voltados a conter o poder, a exemplo da Magna Carta de 1215. Foi nessa fase que se desenrolou um acordo político entre o Rei João Sem terra e os nobres com o objetivo de impor restrições à Coroa e garantir o exercício da liberdade e da propriedade.

A importância das ideias constitucionalistas se intensifica com o Estado Moderno, cujas características principais são o surgimento de documentos escritos visando limitar o poder e a transformação dos modelos políticos anteriores, com destaque para a proteção dos Direitos do homem e a Separação de Poderes. De acordo com Dirley da Cunha Junior (2018, p. 32),

O constitucionalismo moderno, contudo, surge vinculado à ideia de Constituição escrita, chegando a seu ápice político com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: organização do Estado e limitação do Poder Estatal, por meio de uma declaração de Direitos e garantias fundamentais.

Segue o autor (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 21) afirmando que

Já no Constitucionalismo moderno, a noção de Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político. Por isso mesmo, a Constituição é concebida como um documento escrito e rígido, manifestando-se como uma norma suprema e fundamental, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto.

Até o século XVIII, os Estados, principalmente aqueles localizados na Europa, forjavam-se na ideia de supremacia da lei e do Parlamento, de modo que bastava que a lei fosse proveniente de autoridade com competência legislativa para se afirmar a sua legitimidade. Nesse sentido, o princípio da legalidade seria a base de todo o ordenamento, constituindo um elemento que sustenta a segurança jurídica, essencial para que os burgueses protegessem o seu patrimônio e garantissem a validade de seus contratos.

No entanto, com as atrocidades advindas do Nazismo, apoiado por parâmetros legais, foi necessário redesenhar o pensamento constitucionalista, a fim de, nele, incluir valores materiais ligados ao homem. Nesse contexto, nasce o neoconstitucionalismo, considerado como um movimento jurídico destinado a reivindicar, nas Constituições e no Direito, a consideração de valores morais, éticos, e, trazer ao centro do sistema, a pessoa humana. (MENDES, 2018)

O neoconstitucionalismo surge na Europa e realça a concepção material da Constituição, compreendida não só como esquema organizacional de poder, mas também, e principalmente, como conjunto de valores e Direitos básicos indispensáveis à pessoa humana.

Como resultado da atribuição de uma feição material às Constituições, a dogmática jurídica reformulou, por exemplo, o controle de constitucionalidade, que deixou de ser meramente formal, passando também os juízes a verificar a compatibilidade material dos atos jurídicos, ou seja, se respeitam e promovem os Direitos Fundamentais. Nesse contexto, a doutrina passou a construir uma teorização das normas jurídicas mais próxima da dignidade da pessoa humana, incluindo os princípios ao lado das regras, ambos com força normativa vinculante. (MENDES, 2018)

Todo esse cenário resulta em ampliar o poder jurisdicional, mormente no controle de constitucionalidade, no qual incumbe à jurisdição a última palavra sobre o Direito. Nesse termos, Gilmar Ferreira Mendes (2018, p. 81) afirma que

Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.

Esse novo pensamento constitucional fez surgir Constituições recheadas de princípios e valores democráticos, assim como que colocam a dignidade da pessoa humana como valor central, geradora de vários Direitos. Nesse cenário político, o Poder Judiciário ganha importância, uma vez que a grande maioria das normas principiológicas, vagas por definição, com maior abertura e abstração, precisam ganhar densidade para serem aplicadas aos casos concretos, e isso é feito, principalmente, por meio da criação judicial do Direito. Sobre isso o Juiz Federal Dirley da Cunha Junior (2018, p. 183) acentua que

Mais do que um coparticipante do processo de criação do Direito, o juiz passa a desempenhar, por meio da interpretação constitucional, uma atividade de atualização da Constituição, operando uma verdadeira mutação constitucional ou mudança informal do texto constitucional.

Para o autor, há um processo de politização do juiz, não no sentido de partidarismo ou parcialidade, mas sim de expansão de chances de decisões, isto porque, conforme Capelletti (1999), está implícito “o reconhecimento de que na interpretação judiciária do Direito legislativo está insito certo grau de criatividade”, pontuando também que. Além disso, este autor (CAPELLETTI, 1999. p. 20) pontua que

mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.

Assim, verifica-se que a aplicação das leis editadas pelo legislador ocorrerá a partir da habilidade interpretativa e de criação do Judiciário, dado o fato de que as normas possuem conteúdo abstrato, necessitando, de forma instintiva, que o juiz amolde o que está posto ao que lhe é apresentado concretamente. (CAPELLETTI, 1999)

Daí a impropriedade de se aplicar o conceito rígido da Separação de Poderes, em que o juiz apenas a aplica a lei em seus termos, não podendo se imiscuir no processo de elaboração do Direito, tarefa reservada ao legislador.

O tema do constitucionalismo ganhou novas formas e configurações no século XXI. Dada a dificuldade na solução de problemas sociais em função dos avanços civilizatórios, principalmente nos campos da tecnologia, comunicação e transporte, um novo esquema organizacional vem de encontro ao tradicional modelo de pesos e contrapesos. Trata-se do constitucionalismo dialógico, o qual, consiste no desenvolvimento de práticas dialógicas entre os Poderes nas soluções de problemas complexos.

Esse pensamento constitucionalista tem como exímio defensor Gargarella (2013), o qual sustenta que as propostas dialógicas estão fundadas na lógica da democracia deliberativa e defende a importância da intervenção no processo de todos os potenciais afetados com a decisão (HABERMAS, 1996 apud GARGARELLA 2013). Como resultado, a decisão ganha em qualidade porque toma em consideração argumentos contrários, visões distintas, de modo que se aumenta a possibilidade de corrigir os erros. No entanto, esse novo movimento constitucionalista só se consolida com exatidão nas democracias atuais, caso haja um balanceamento no sistema atual de freios e contrafreios, também denominado de sistema de pesos e contrapesos, segundo o autor,

El funcionamiento de un sistema de democracia deliberativa requiere de una lógica de organización institucional diferente de la que ofrece el sistema de frenos y contrapesos. Mientras que el tradicional sistema de cheques and balances, según veremos, se orienta a evitar y canalizar la guerra social; un sistema dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación estendida y entre iguales. (GARGARELLA, 2013, p. 05)

Embora o modelo rígido de pesos e contrapesos prevaleça na maioria das democracias ocidentais, é certo que as propostas dialógicas vêm ganhando relevância dentro do espaço institucional. No entanto, as tradicionais práticas institucionais não concordam com o sistema dialógico, uma vez que partem de uma concepção de independência e separatismo entre os poderes, em vez de cooperação e diálogo no enfrentamento dos problemas sociais.

O constitucionalismo tradicional, baseado na separação dos poderes, objetiva principalmente evitar o abuso de poder mediante a separação funcional e o sistema

de controle já mencionado. Desvirtua-se, contudo, de alcançar bons resultados sociais na consecução da máquina pública, porque prioriza, de certo modo, o formalismo funcional em vez de uma gestão de resultados. Sobre isso, Gargarella (2013) assenta que esse desenho institucional não considera, tampouco se relaciona, com os Direitos dos indivíduos, porque ressalta a parcela de poder que incumbe a cada órgão e confere-lhes meios para se defender de eventuais invasões nas competências de cada qual por outro poder.

O sistema clássico dos freios e contrafreios é um tipo de controle sem a intervenção da sociedade civil, visto que se trata de controle realizado de um órgão sobre outro, em que há um modelo organizacional visando conter o excesso de poder entre os órgãos, cada um atuando dentro de uma esfera de competências próprias. No entanto, o mesmo não ocorre com o constitucionalismo dialógico, no qual a sociedade civil assume importância, participando de audiências públicas e comitês deliberativos, com o fim de ajudar na elaboração de decisões estatais.

Esses diálogos institucionais são bem representados nas decisões dadas pela Suprema Corte norte-americana, numa das quais, se determinou que a administração pública municipal atuasse no combate à discriminação racial. Em *Brown I* e principalmente em *Brown II*, casos jurídicos em que a Corte interveio na formulação de políticas públicas relativas à erradicação do racismo nas escolas do Sul, há uma clara demonstração de um constitucionalismo dialógico, porque a Jurisdição se imiscui em assuntos do Executivo, mas atuando em cooperação com este no enfrentamento de ações discriminatórias aos Direitos Fundamentais. (FIGUEIRA; MENDONÇA, 2020)

Desse modo, a perfeita separação de atividades estatais mediante a criação de órgãos distintos, de modo a proibir que cada um se intrometa em assuntos do outro, já começa a perder primazia neste novo século quando estão em jogo Direitos Fundamentais. Assim, o que importa, pois, é efetivá-los e protegê-los.

Para Sousa (2018), no que toca ao sistema carcerário, a ideia é integrar todos os Poderes, entes, autoridades e, até mesmo, a sociedade, no chamado processo dialógico, fornecendo incentivos, parâmetros e objetivos a cada um dos atores envolvidos, com a finalidade de que sejam dadas respostas efetivas ao problema. Nessa toada, o Poder Judiciário seria responsável por criar e manejar instrumentos capazes de superar os bloqueios de cunho político e institucional, sem deixar de

lado os demais Poderes de suas funções e do processo de políticas pública. (LOPES, 2019)

Some-se, a tal entendimento, a visão de Sousa (2018), que, assevera que o referido Poder, considerando o quadro de violação em massa dos Direitos Humanos e fundamentais, mostra-se como a única saída para a reversão do quadro identificado.

4.2 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E O DEVER DOS JUÍZES DE CUMPRIR A CONSTITUIÇÃO

Ao afirmar que o fim da jurisdição é aplicar o Direito objetivo ao caso concreto e proteger os Direitos Fundamentais (NEVES, 2019; GAJARDONI; et al, 2018), a doutrina pretendeu ampliar o âmbito de atuação do poder jurisdicional, na medida em que afasta a retórica positivista em consonância com a qual ao juiz é vedado ir além dos limites legais, por não possuir credenciais democráticas. Desse modo, os magistrados tornam-se limitados pelo Direito, entendido como um conjunto de regras e princípios positivados na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais. (NEVES, 2019)

Nesse contexto, a lei continua sendo a fonte principal do Direito, passando a ser ladeada por várias outras, a exemplo das normas constitucionais, dos costumes e da equidade. Sobre o outro aspecto da função jurisdicional, a proteção dos Direitos Fundamentais, abre-se um dilema de difícil solução, isso porque eles estão estruturados em normas regras e normas princípios e, também, na forma de normas programáticas. As normas regras consistem em comandos fechados, rígidos, seguindo a lógica do tudo ou nada, ou cumpre ou descumpre. Já os princípios nos remetem a valores caros em uma dada sociedade; com pouca densidade normativa, eles precisam de um maior esforço argumentativo para incidir em um determinado caso. Por fim, as normas programáticas fixam programas, metas, diretrizes de atuação ao Estado, exigindo, segundo a doutrina tradicional, uma intermediação legislativa para a sua aplicação. (MENDES, 2018; CUNHA JUNIOR, 2018)

Considerar que as normas programáticas fixam metas e programas significa pensar que elas se dirigem a um futuro não imediato. O significado do conceito faz supor que é possível que o seu conteúdo não se concretize, visto que metas e

objetivos exigem ação humana realizadora. Isso quer dizer que, dentro dessas normas, há exigências de realização, de ação, de um fazer.

É baseado nesse cenário que se abre espaço para o surgimento da omissão inconstitucional. Esta se caracteriza, na visão tradicional, como a falta de regulamentação pelo legislador de um preceito constitucional, normalmente programático, em um espaço de tempo razoável entre a vigência da norma e a inércia do legislativo. Significa dizer que a omissão só se engendra quando há um descumprimento do dever de legislar que se estende por um período considerável. Essa atitude ilegítima do Poder Legislativo impede, segundo a doutrina tradicional, a incidência de tais normas, por não serem de aplicação imediata. Para afastar essa inconstitucionalidade, é preciso o manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que possui legitimados restritos, no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2018) entende que a omissão legislativa se constitui em objeto fundamental da ADI.

É importante ressaltar que as normas programáticas fazem parte de uma Constituição classificada como dirigente, tal qual a brasileira de 1988. Entende-se por Constituição dirigente aquela que, para além de regular o esquema funcional de poder, desenhando a federação, conferindo competências aos órgãos políticos e apontando quais serão os órgãos jurisdicionais, impõe a realização de programas e metas sociais, isto é, determina o dever de elaborar políticas públicas em certos setores essenciais ao homem.

Ladeando esse conceito de Constituição dirigente, e se relacionando com as normas programáticas, importa também mencionar e conceituar as normas constitucionais de eficácia limitada. Nas palavras de Dirley da Cunha Junior (2018, p. 152), esses dispositivos

são normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso, isto é, embora estejam irradiando efeitos jurídicos inibidores ou impeditivos de disposições em contrário, têm aplicabilidade mediata, porque as normas assim categorizadas reclamam uma lei futura que regulamente seus limites.

Já as normas de aplicação imediata não podem ser objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), isso porque a estrutura dos seus enunciados normativa permite uma incidência direta e imediata, sem necessidade de desenvolvimento normativo. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 480),

as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata não precisam de providência legislativa para ser utilizadas, já que possuem todos os elementos necessários à sua executoriedade direta e integral. Em nossa Constituição ilustram as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata e integral.

Um conceito mais abrangente de omissão inconstitucional é defendido pelo professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), para quem a inconstitucionalidade não se relaciona apenas com a falta de preceitos normativos, isto é, a ausência de lei ou de regulamentação normativa pelo Poder Executivo, mas também com a proteção deficiente de Direitos Fundamentais. Nessa ordem de ideias, o autor aumenta o âmbito de alcance da omissão inconstitucional para incluir, dentro de seu conteúdo, as falhas na promoção e na proteção de Direitos Fundamentais, mesmo que as normas não sejam de eficácia limitada.

A doutrina tradicional traz o enfoque da omissão para as normas de eficácia limitada, aquelas que, em função do enunciado normativo, não são de incidência imediata, como é o caso do artigo 22 da Constituição Federal, que prevê o Direito constitucional à saúde (BRASIL, 1988).

A doutrina moderna, por sua vez, expande essa concepção para abarcar qualquer norma constitucional que não recebeu o devido merecimento por partes dos poderes políticos, que, desse modo, debilitam e comprometem a força normativa da Constituição (CAMPOS, 2016; PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015). Nesse sentido, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), o dever constitucional de legislar, como pressuposto necessário da omissão legislativa inconstitucional, deve ser configurado também como dever de proteção suficiente dos Direitos e liberdades fundamentais, tutelável e exigível pela jurisdição constitucional independentemente da estrutura do enunciado correspondente. A atuação judicial, ante a inércia legislativa, não se limitaria à determinada espécie de preceito constitucional, mas se justificaria ante um quadro real e atual de tutela estatal deficiente de Direitos Fundamentais.

Ao lado da omissão inconstitucional tradicional, os constitucionalistas Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016) e Dirley da Cunha Junior (2018) defendem outro tipo de omissão que envolve falhas de coordenação entre os órgãos políticos,

bloqueios institucionais, deficiência no ciclo de políticas públicas, implicando em lesão a Direitos Fundamentais.

Como se vê, as omissões podem se manifestar de vários modos, não só mediante a ausência de lei ou ato normativo. Daí a impropriedade da doutrina clássica de dividir as normas constitucionais segundo a sua aplicabilidade imediata ou mediata, com base nos enunciados normativos. Os novos constitucionalistas vêm corrigindo o equívoco ao indicar novos aspectos ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, de modo a incluir qualquer norma constitucional como passível de ser violada em função de um não fazer das autoridades competentes.

A pergunta que se faz é qual o papel do Judiciário, diante de uma omissão do Executivo e do Legislativo, em proteger e aplicar um dado preceito constitucional tradicionalmente considerado como de aplicação imediata. Para responder a essa pergunta é preciso mencionar que a realização de Direitos Fundamentais depende, substancialmente, das circunstâncias fáticas. Somente olhando a realidade subjacente à Constituição é que saberemos se há uma incidência deficiente das normas constitucionais, não importando a estruturação do seu enunciado, se edificado como de aplicação imediata ou mediata. O certo é que todas as normas constitucionais estão em pé de igualdade, não havendo em seu corpo possibilidade de hierarquização, pelos juízes e Tribunais, os quais devem aplicá-las sempre com a máxima efetividade. (CUNHA JUNIOR, 2018; CAMPOS, 2016)

Não é crível sustentar que as Cortes Jurisdicionais podem atuar no caso de ausência de lei ou ato normativo indispensável para a aplicação de norma constitucional, mas devem fechar os olhos quando identificarem uma violação massiva de Direitos Fundamentais em função de defeitos na execução de Políticas Públicas. O argumento do déficit democrático não pode se tornar um obstáculo para a concretização das normas constitucionais, porque, como diz o Ministro Celso de Mello, todos os Poderes da República estão submetidos à força normativa da Constituição (BRASIL, 2019b).

Daí a razão pela qual se exige um Judiciário mais ativo e atuante. A supremacia da Constituição e a opção do constituinte por um Estado de Bem-Estar Social, que pressupõe um grande número de Direitos sociais, impõe aos órgãos políticos deveres prestacionais, notadamente prestar educação, saúde e assistência

social. Como resultado do sucessivo descumprimento dessas obrigações sociais, há um intervencionismo ou coparticipação do Judiciário na construção ou na efetivação de Políticas Públicas, visto que os juízes, quando provocados, terão que fazer escolhas alocativas concernentes aos Direitos sociais, como a concessão de um medicamento e de uma vaga em escola pública. Isso faz surgir, nos ombros dos juízes, responsabilidades que, em um primeiro momento, não eram deles. Por consequência, assistimos a um fenômeno de uma jurisdição que, desse modo, se politiza. Dirley da Cunha Junior (2018, p. 183) expõe esse novo papel do juiz, nos seguintes termos:

Exige-se também desse novo judiciário uma maior e mais intensa participação para a construção da sociedade do bem-estar, haja vista que a efetivação dos novos Direitos sociais exige mudanças nas funções clássica dos juízes, que se tornaram, sem dúvida alguma, corresponsáveis pela realização de Políticas Públicas dos outros Poderes. Como consequência inarredável dessa profunda transformação do Estado, o Judiciário, portanto, teve acentuado aumento de suas funções e responsabilidades, assumindo, com a justiça constitucional, novo papel, e com ele, o grande desafio de controlar a constitucionalidade da atuação- notadamente as omissões- do Poder Público, elevando-se ao nível dos outros Poderes, capaz de controlar, como o terceiro gigante 'na coreografia do estado moderno', 'o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador'.

Diante disso, percebe-se uma forte tendência à judicialização envolvendo Políticas Públicas e demais questões sociais, como ocorre com o problema do Sistema Carcerário Brasileiro, na medida em que, conforme mencionado pelo autor, as Constituições passaram a incorporar em seus textos, diretrizes e objetivos situados no âmbito das Políticas Públicas, transformando em questões passíveis de controle pelo Judiciário, quando não regulamentadas ou cumpridas.

4.3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONTEXTUALIZAÇÃO E TENTATIVA DE UM CONCEITO

A tutela dos Direitos no campo jurídico se realiza por várias maneiras. Nas relações civis, quando presente um dano, há a prevalência de uma reparação por meio de pecúnia. Na esfera penal, tem-se os tipos criminais, descrição de condutas criminosas, que uma vez praticadas, demandam o repúdio estatal mediante a pena. No ambiente administrativo, há não só as sanções dirigidas aos servidores quando incorrem em falhas funcionais, como também o exercício do poder de polícia, que limita as liberdades individuais em função do bem comum e pune os transgressores

das restrições administrativas, como nos casos das infrações de trânsito. Todo esse instrumental jurídico serve para proteger os bens e valores sociais que preservam a coexistência humana e asseguram o desenvolvimento da sociedade. Uma vez lesionados, cabe ao Direito, como última instância do controle social, dar a resposta proporcionada ao agravo.

Isso quer dizer que a proteção dos Direitos é realizada por várias técnicas jurídicas, com base na realidade ou situação social que visa amparar. De nada servem instrumentos que não atendam às necessidades concretas dos Direitos Fundamentais que merecem ser protegidos. É dizer, a uma dada situação material que envolva Direito fundamental, incumbe não só ao legislador criar o instrumento adequado a tutelá-lo, mas também cabe aos juízes adaptar o procedimento no plano concreto de sua aplicação. Tal afirmação encontra guarida nas lições de Fredie Didier Junior (2016, p. 118), o qual assevera que

é preciso que o processo seja adequado também *in concreto*. A adequação, nesse caso, é dever do órgão jurisdicional, que deve observar os mesmos critérios de adequação. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.

No entanto, haverá situações, por motivos diversos, em que os Poderes Políticos optam por não dar a proteção adequada ou por não criar mecanismos jurídicos aptos a remover o quadro de lesão que agride certos Direitos de certas categorias sociais. Este cenário se torna diametralmente incompatível com a Constituição quando tais contextos envolverem Direitos Fundamentais nela consagrados. Significa dizer que a apreciação de qual Direito Fundamental deve ser tutelado e em quais situações não pode ficar ao alvitre do legislador, porque isso macularia a força normativa da Constituição.

A situação piora quando há uma violação grave e massiva de Direitos Fundamentais, persistente e sistemática, a desafiar mais que a criação de instrumentos processuais ou o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é a atuação em conjunto de todos os Poderes do Estado.

Normalmente, esse quadro de ataques sistemáticos e continuados aos Direitos Humanos básicos ocorre em direção aos grupos sociais mais vulneráveis de

uma sociedade. Não são propriamente situações inconstitucionais que estão dentro de uma agenda política ou jurídica em curso para minar as causas dessa vulneração, já que os atingidos não são possuidores de força política. Por isso, se compreende a duração temporal dessas violações, em tempo, há um desinteresse dos poderes constituídos em debelá-las, como é o caso da violação dos Direitos Fundamentais que ocorrem no âmbito do sistema carcerário. Acrescente-se que, a mudança da realidade social necessitada de transformação não ocorre pelas vias normais porque há bloqueios políticos, ou seja, desinteresse do Legislativo e do Executivo em propor soluções. (CAMPOS, 2016)

É com base na compreensão desse contexto que se passa a perceber as razões pelas quais as Cortes Constitucionais do mundo inteiro criaram um procedimento próprio, denominado por alguns de Estado de Coisas Inconstitucional, para atuar frente a essas violações generalizadas a Direitos Fundamentais.

Nessa toada, consoante Campos (2016), o Estado de Coisas Inconstitucional nada mais é do que um procedimento pelo qual Cortes constitucionais reconhecem um quadro de grave e sistemática violação de Direitos Fundamentais de um número significativo de pessoas, decorrentes de falhas estruturais na implementação de Políticas Públicas. A situação descrita afirma o Estado de Coisas Inconstitucional, de modo que, a partir da decisão que o declara, as Cortes impõem aos Poderes políticos que elaborem e efetivem medidas estruturais a fim de remover a inconstitucionalidade sistêmica.

Para o autor (CAMPOS, 2016), o Estado de Coisas Inconstitucional se caracteriza, assim, como uma técnica decisória mediante a qual as Cortes buscam enfrentar ataques generalizados a Direitos básicos de um grande contingente de pessoas ignoradas pelo governo. É sim, também, um evidente exemplo de ativismo judicial, porque, além de não estar previsto em nenhum documento normativo, legitima a Corte a impor um leque de medidas ao governo a fim de corrigir o esgarçamento em que se encontram Direitos Fundamentais.

4.4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO ECI

O embrião do ECI nasceu nos Estados Unidos, com as decisões estruturais expedidas pela Suprema Corte norte-americana. Com efeito, essas decisões se

caracterizam pela determinação de planos estruturais aos órgãos administrativos pelas Cortes. Tais planos podem ser elaborados pela própria Corte, com auxílio de peritos, ou pelas partes, já a implementação decisão é gradual, sendo monitorada pela própria Corte ou por algum perito ou comitê designado por ela, que a encaminhará relatórios e dados periodicamente; por isso, a vigência dessas decisões tendem a durar bastante tempo (POWER JUNIOR, 2000 apud CAMPOS, 2016).

Acerca das origens do instituto da declaração do ECI, Campos (2016) delinea que

o ponto de partida para o estudo dos remédios estruturais foi o esforço da Suprema Corte norte-americana para implementar Brown I. A decisão, voltada a superar a segregação racial nas escolas do Sul, possuía duas dimensões: uma ampla proibição de discriminar com base na raça; e outra, de natureza estrutural, visando transformar o sistema escolar dual (negros e brancos em escolas separadas), em um 'sistema escolar unitário, não racial'. Para concretizar ambas as dimensões, a Corte teve que proferir novas decisões, com exigências de implementação; Brown I não havia sido suficiente. Em Brown II, buscando formas eficazes de implementar o que assentado em Brown I, a Corte reconheceu prioridade aos conselhos educacionais locais para formular e concretizar planos e programas necessários às transformações ordenadas, (Carlos Azevedo cita Owen Fiss, *The Civil Rights injunction*) direcionando às cortes distritais o papel de monitorar a boa-fé desses conselhos em realizar tais tarefas. Consta no voto de Earl Warren que as cortes deveriam agir segundo princípios de equidade e com flexibilidade prática, e que a integração deveria ocorrer "with all deliberate speed", o que significou, na prática, tão rápido quanto fosse desejável aos estados. (POWER JUNIOR, 2000 apud CAMPOS, 2016)

A partir dessas e de outras decisões da Suprema Corte norte-americana, diversas Cortes Constitucionais também se valeram do expediente das medidas estruturais, é o caso da Índia, com o objetivo de combater a fome e da Argentina, relacionada ao Direito à saúde de um grupo de pessoas afetadas pela poluição de um rio. Entretanto, a menção expressa ao procedimento Estado de Coisas Inconstitucional veio a partir de uma decisão da Corte Constitucional Colombiana. (ROSA, 2020)

Muitos doutrinadores, como Carlos Azevedo (2016) e Dirley da Cunha Junior (2018), defendem que a formulação de uma categoria jurídica instrumental pela Corte Colombiana não foi por acaso, visto que esta seguiu a linha de vários precedentes ativistas nos quais a Corte se mostrou combativa e favorável aos Direitos das minorias, a exemplo do reconhecimento judicial dos Direitos da comunidade LGBT. O que ocorre, portanto, é que esse procedimento declarado de

modo pioneiro por ela não passa de uma medida com realce dentro de uma jurisdição constitucional já progressista e fecunda. (MACHADO; VILLALOBOS, 2014 apud CAMPOS, 2016)

A primeira decisão em que se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional envolveu, na Colômbia, uma demanda previdenciária na qual professores municipais exigiam que o Município ofertasse benefícios previdenciários e de saúde, visto que eles contribuía com 5% dos seus salários para um fundo previdenciário. Apesar de os professores estarem pagando regularmente o percentual, eis que se trata de um desconto compulsório em folha salarial e os servidores municipais não gozavam da contraprestação previdenciária devida, porque os Municípios justificavam que havia poucos recursos orçamentários. Com isso, 43 professores recorreram à Corte, pelo que ela não se restringiu a declarar os Direitos deles, mas foi além, aprofundando o exame e investigando o que havia por trás dessa demanda. Nesse contexto, a Corte percebeu que haviam déficits estruturais relativos ao sistema de Direito previdenciário, entendendo, assim, que a questão era estrutural, porque se espalhava por toda a Colômbia, atingindo um número significativo de professores. Com base nesse contexto, Pinto (2010, p. 47 apud CAMPOS, 2016), assenta que “havia, portanto, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação que tinha origem na distribuição desigual dos recursos educacionais, feita pelo governo federal”.

Com efeito, a Corte não se adstringiu aos demandantes e emitiu decisão que ultrapassou as partes do processo, sob o argumento de que defendia a perspectiva objetiva dos Direitos Fundamentais, mencionando o dever de cooperação entre os Poderes. Nestes termos, segue-se um trecho da decisão exarada pela corte:

CORTE CONSTITUCIONAL - colaboración armónica con órganos del Estado- ESTADO DE COSAS - Notificación y requerimiento por violación de la Constitución- ACCION DE TUTELA - notificación de irregularidad a las autoridades públicas y efectos. La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de

guardiana de la integridade de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidade existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule". (CAMPOS, 2016, p. 130)

Posteriormente, ainda conforme Campos (2016), a Corte considerou como notório o estado de degradação em que se encontrava o sistema carcerário colombiano, como a ausência de acesso à educação, à saúde e ao trabalho, bem como a falta de assistência judiciária aos presos nos presídios, o que compromete umas das finalidades da pena, que é a busca pela ressocialização do apenado. Segundo o autor, o sistema prisional colombiano é fortemente seletivo, atingindo, na sua quase totalidade, cidadãos das classes economicamente menos favorecidas e com os piores índices educacionais, cuja maioria não possui ensino fundamental completo.

Mais de uma década depois, a Corte afirmou que, embora a realidade carcerária incompatível com a Constituição tivesse melhorado em razão de algumas ações do Poder Público, o Estado de Coisas Inconstitucional ainda persistia, sobretudo em função da superpopulação carcerária. A verdade é que as decisões da Corte relativas ao sistema carcerário não surtiram os efeitos desejados. Primeiro porque priorizou a construção de novas penitenciárias, em vez de tentar minar as causas do superencarceramento. Segundo porque, apesar de ela ter notificado vários órgãos a cumprir uma série de medidas estruturais a fim de sanar os defeitos sistêmicos das penitenciárias, a Corte não monitorou o cumprimento de tais determinações, razão pela qual estas ficaram, em grande parte, no plano abstrato. (ROSA, 2020)

4.5 PRESSUPOSTOS OU CONDIÇÕES PARA O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O primeiro e mais importante motivo de se conhecer os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional é para conseguir identificá-lo; o segundo, para limitar a atuação de Cortes Constitucionais na afirmação desse instituto, evitando um uso excessivo e arbitrário. Em outras palavras, o entendimento sobre os pressupostos é relevante até mesmo para conferir merecimento ao Estado de Coisas Inconstitucional. De acordo com a jurisprudência colombiana, para reconhecer o ECI é necessária a presença das seguintes condições: a) vulneração massiva e generalizada de Direitos Fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos Direitos; c) a superação das violações de Direitos pressupondo a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem seus Direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. (CAMPOS, 2016)

De acordo com o mencionado autor (CAMPOS, 2016), o primeiro pressuposto se apresenta no plano dos fatos, isto é, tem sua raiz na realidade social. Diz respeito à identificação de um quadro de violação generalizada e sistemática de Direitos Fundamentais de um número considerável de pessoas. Diante de uma demanda processual em que se discutem Direitos subjetivos lesionados, a Corte aprofunda o seu exame, amplia a sua investigação, com o intuito de verificar o que está por trás dessas agressões, quais são as suas causas e se elas alcançam um número muito maior de sujeitos que os demandantes. Ademais, exige-se que os ataques aos Direitos Fundamentais sejam persistentes, durem no tempo e que atinjam Direitos Fundamentais de um número considerável de pessoas.

Outro pressuposto essencial para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional refere-se, de acordo com os ensinamentos valiosíssimos de Campos (2016), às atitudes complacentes das autoridades competentes em não enfrentar o problema. As violações às liberdades fundamentais ocorrem devido às falhas estruturais, que significam omissões ou deficiência na formulação e implementação de Políticas Públicas. Isso quer dizer que o Legislativo e o Executivo nada fazem diante de uma realidade que transgride as normas constitucionais que

consagram Direitos Humanos básicos. E assim agem porque os agredidos não integram as classes mais favorecidas, não participam dos setores que ditam e regem o poder, de que são exemplos os empresários, os servidores públicos e a igreja. A omissão em questão pode envolver a necessidade de se criar uma lei, um ato normativo regulamentar ou mesmo uma determina política pública, como projetos e programas educacionais, assistenciais e de saúde. A falta de coordenação entre o Legislativo e o Executivo também pode caracterizar esse elemento essencial para a configuração do ECI.

No que toca ao segundo pressuposto, Sousa (2018), afirma que a ideia de que a omissão inconstitucional do Estado não diz respeito aos casos de omissões relativos a preceitos de cunho puramente normativo, trata-se, em verdade, de uma omissão do Direito concreto, da não observância em termos práticos, ou mesmo da falha na promoção de um Direito Fundamental.

O terceiro pressuposto concerne à indispensabilidade das providências estruturais como único meio de solucionar a crise de inconstitucionalidade. Por ser uma demanda que envolve litígio estrutural, que significa uma rede complexa de problemas que envolve muitos sujeitos, somente decisões estruturais são capazes de afastar os fatores que promovem a inconstitucionalidade. Essas decisões se traduzem em ordens, com parâmetros e prazos, que impulsionam os poderes políticos a agir na implementação ou na correção de medidas de socorro aos Direitos Fundamentais agredidos.

No que toca ao terceiro pressuposto, pode-se dizer que ele está ligado de forma direta ao segundo, uma vez que os remédios estruturais se tornam essenciais a partir de quando são identificadas as falhas estruturais que envolvem a omissão de diferentes autoridades e órgãos públicos (SOUSA, 2018).

Para Campos (2016, p. 145), a quarta condição para reconhecimento do ECI, por sua vez, “diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de Direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária”, o que acabaria por prejudicar a otimização do funcionamento da Corte.

Nota-se que, ao fazer o cotejo dos pressupostos para o reconhecimento do ECI, uma vez que ele é declarado, a Corte passa a reconhecer que existe um litígio

de caráter estrutural, cuja solução fica a mercê de medidas complexas e coordenadas de várias autoridades.

4.6 DECISÕES ESTRUTURAIS

As transformações sociais pelas quais o mundo e, em particular, o Brasil passaram a exigir uma maior atuação do Poder Judiciário. É preciso encarar os desafios que a sociedade impõe à jurisdição constitucional diante de temas que passaram a ser pontos cegos dentro da coletividade, por envolverem sujeitos desprovidos de força política, como é o caso da população carcerária, de modo a exigir das Cortes Constitucionais uma atuação mais incisiva a fim de alcançar bons resultados.

Consoante Rosa (2020), com a finalidade de combater a inércia do Poder Executivo e do Legislativo que dão azo às omissões inconstitucionais graves e que são perenes, bem como com o condão de ensejar o reconhecimento do ECI, as Cortes Constitucionais passaram a utilizar soluções estruturais, com a elaboração de “macrosentenças”, que contêm ordens estruturais, as quais trazem a previsão de medidas a diversas autoridades, com vistas a coordenar os atores políticos e atuar diretamente no chamado ciclo de políticas, sobrepujando a falha estrutural e, principalmente, promovendo a garantia da eficácia dos Direitos Fundamentais.

Para a autora, ao proferir sentenças estruturais, as Cortes Constitucionais agem de modo ambicioso, com o dever de monitorar adequadamente os resultados das medidas ordenadas, promovendo o diálogo entre as partes envolvidas no litígio estrutural a fim que o impacto ocasionado pela decisão alcance sua efetividade ao alterar o quadro de violação aos Direitos, com a garantia do cumprimento integral dos preceitos constitucionais.

Sérgio Cruz Arenhart (2017, p. 88), em sua obra *Decisões estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, destaca que as decisões estruturais podem ser compreendidas como aquelas “que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”.

Já Campos (2016), aponta que nas

sentenças estruturais o juiz normalmente requer que as partes concordem sobre um plano. Se as partes concordarem, o juiz estabelecerá uma *injunction* que incorpore esse acordo. Quando solicitar planos das partes ou os formular por conta própria, a corte frequentemente buscará evidências adicionais e ouvirá os testemunhos de *experts* sobre os possíveis efeitos das decisões a serem tomadas; às vezes, a corte apontará os seus próprios *experts*, peritos ou comitês, e, às vezes, ameaçará impor decisões draconianas que nem os autores desejam. (FLETCHER, 1982 apud CAMPOS, 2016, p. 198)

Conforme já fora citado no decorrer da pesquisa, o surgimento de tais decisões decorre do sistema norte-americano, sendo lá chamadas de *structural injunction*. Importa frisar que o caso em questão foi o julgado paradigma *Brown v. Board of Education of Topeka*, cujo intuito foi dar efetividade às sentenças dos juízes nos Estados Unidos. As decisões estruturais expedidas pela Corte fracassaram, porque não conseguiram transformar a realidade educacional discriminatória dos estados do sul. Um reexame do caso fez surgir nova decisão, chamada de *Brown v. Board of Education II*. Com as novas modificações e ciente das dificuldades em reformar o sistema de ensino local, a Corte se envolveu em um plano de ação que de forma progressiva foi colocado em prática o que trouxe efeito significativo. (FISS, 2004)

O modelo clássico de decisões preventivas e reparatórias não comporta a complexidade de certas demandas estruturais. Sendo assim, foi preciso que o Judiciário norte-americano criasse novos instrumentais aptos a remover o quadro de inconstitucionalidade. A partir do *Brown*, a jurisdição constitucional se tornou mais atenta aos novos esquemas de litígios estruturais e seus arranjos que vão surgindo a cada passo de evolução da sociedade e suas relações.

Quando são proferidas sentenças estruturais, as Cortes Constitucionais devem atuar de modo ambicioso. Assim, estes órgãos possuem o dever de monitorar de modo adequado os resultados das medidas que tenham sido ordenadas, realizando o diálogo entre todas as partes envolvidas no litígio estrutural a fim de que o impacto da decisão consiga, de fato, modificar o quadro de violação aos Direitos, assegurando a integral obediência aos ditames constitucionais. (ROSA, 2020)

Sobre este tema, os professores Sérgio Cunha Arenhart e Marco Félix Jobim (2017, p. 88) apontam que

o processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que várias posições e vários interesses possam fazer-se ouvir e possam

interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em Políticas Públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial.

É perceptível, diante das ações estruturais, a comprovação de omissão estatal e, então, a violação de Direitos Fundamentais que traz consequências a um grupo social normalmente marginalizado. Essas lesões em larga escala cobram soluções urgentes e cabe ao Judiciário agir de forma enérgica para garantir efetividade e a força normativa da Constituição.

5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF 347

Como já foi dito nos capítulos anteriores, as prisões brasileiras são verdadeiras fábricas do surgimento de facções do crime organizado, haja vista o não cumprimento do caráter ressocializador da pena, diante das suas precárias condições sanitárias. A situação prisional degradante viola os Direitos Fundamentais individuais previstos no art. 5º da Carta Magna de 1988, o qual pregoa, em seu inciso III, a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante (BRASIL, 1988), bem como os dispositivos elencados na legislação infraconstitucional e nos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Diante desse contexto de abandono da questão carcerária brasileira pelo Poder Público brasileiro, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou, em maio de 2015, com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com pedido de concessão de medida cautelar, no Supremo Tribunal Federal, a qual foi registrada sob o nº 347 (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015). Tal ação de natureza constitucional objetiva o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, bem como a adoção de medidas que venham a sanar o descumprimento desses Direitos Fundamentais no âmbito prisional. De acordo com a petição inicial interposta pela agremiação,

O Direito Constitucional Comparado fornece exemplos interessantes de intervenção da jurisdição constitucional diante de graves falhas estruturais nas Políticas Públicas voltadas à proteção de Direitos Fundamentais. Há experiências fecundas nesta área, em países como os Estados Unidos, África do Sul e Índia. Uma das construções mais férteis neste campo tem origem na Corte Constitucional da Colômbia: o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Como se verá adiante, a Corte Colombiana se vale desta categoria quando reconhece a presença de uma violação maciça de Direitos Fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades. Nestas hipóteses, a Corte pode inclusive reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer. (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015, p. 07)

O instrumento ora utilizado para a busca da tutela jurisdicional dos presidiários, diante das flagrantes omissões por parte do Poder Público, remonta a um importante debate acerca do papel da justiça brasileira no controle das Políticas Públicas no âmbito do sistema carcerário, não se limitando apenas a um controle

normativo e abstrato da legislação. Isso porque, diante de graves violações a Direitos Humanos, a anulação de um ato normativo, somente, não tem o condão de transformar a realidade carcerária que flagrantemente confronta com a Constituição. O Tribunal, nestes casos, precisa ir além. Necessita de uma atuação mais combativa, mais presente, porque o estado de inconstitucionalidade que se forjou dentro dos cárceres só pode ser transformado mediante um conjunto de providências administrativas, legislativas, orçamentárias e jurisdicionais. O ativismo judicial, quando utilizado para preencher lacunas e viabilizar a concretude dos Direitos Fundamentais, é de fundamental relevância, pois é preciso que haja a proteção de grupos socialmente vulneráveis, a exemplo da população carcerária. Diante das omissões dos demais poderes da República, cabe ao Poder Judiciário a função de garantidor da eficácia do ordenamento constitucional.

A ação apresentada pelo PSOL discutiu e demonstrou as falhas argumentativas das duas principais objeções no tema da atuação proativa de Cortes constitucionais, no que toca à formulação e à implementação de Políticas Públicas no âmbito do sistema prisional. A primeira objeção tratava da ausência de credenciais democráticas aos juízes para tal atuação; já a segunda, indicava que não havia habilidade institucional dentro do Judiciário para formular políticas desse jaez. A petição refutou brilhantemente esses dois possíveis obstáculos, com o argumento de que, em assuntos de Direitos Fundamentais, não cabe uma inércia jurisdicional quando há minorias impopulares e estigmatizadas sofrendo violações graves e reiteradas. Em outras palavras, a democracia não se perfaz apenas pela vontade de uma maioria, eis que uma ordem democrática sugere também o respeito aos Direitos de uma minoria exposta à intensa vulnerabilidade, a exemplo dos presos no cárcere. Nesse sentido, a intervenção do Judiciário torna-se fundamental para garantir a dignidade nas unidades prisionais.

Segue abaixo trecho da petição:

Na ordem constitucional brasileira, a lesão a Direitos é inafastável da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), e não existe mais grave violação a Direitos do que a que se pratica sistematicamente no sistema prisional do país. Ademais, não se trata, no caso, de comparar abstratamente as capacidades institucionais de diferentes atores para a resolução de um problema social, a fim de verificar qual deles tem condições de agir de modo eficaz. Cuida-se, isto sim, de atuar em caso de falência total das políticas públicas existentes para a questão prisional, que resulta em gravíssimas afrontas à dignidade dos presos. Sem a intervenção do STF na matéria, tudo indica que o Estado de Coisas

Inconstitucional persistiria, e seria até agravado, em razão da dinâmica de crescimento exponencial da população prisional. (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015, p. 21)

Em sendo assim, diante desse cenário conflitante com os preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, causado pela omissão das ações do Poder Público, no sentido de dar dignidade ao âmbito prisional, é cabível a intervenção judicial por meio do processamento e julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Dentre os requisitos para o cabimento dessa ação está a existência de lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental causada por ato dos poderes políticos, quando não há outro meio apto a sanar a violação de Direitos, quer dizer, a ADPF só pode ser conhecida quando não há outro instrumento processual capaz de veicular a demanda. Na questão da precariedade do sistema prisional, como já foi exaustivamente relatado nos capítulos anteriores, percebe-se que há a violação a várias garantias e Direitos constitucionais, tais como a dignidade humana, a vedação da tortura e do tratamento desumano e degradante, proibição de sanções cruéis, respeito à integridade física e moral do preso, Direito de acesso à justiça, devido processo legal, presunção de inocência e os Direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança. Desse modo, há a propositura da ADPF nº 347 preenche este requisito (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015).

Ademais, não há outro instrumento no âmbito do controle abstrato de normas apto a sanar as lesões a preceitos fundamentais com tais características. Na ADPF nº 347, questiona-se a instituição prisional como um todo em face da Constituição, principalmente dos artigos 1º, III e 5º, XL VII, XLIX e LVII, os quais referem-se ao respeito à dignidade humana, à integridade física e moral dos presos, dentre outros elementos (BRASIL, 1988). Portanto, não se debate a inconstitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição, nem uma omissão legislativa inconstitucional, restando a via subsidiária da ADPF nessa questão.

Não é razoável que atitudes estatais violadoras de Direitos dos presos, pautadas num estigma de uma maioria em relação à questão carcerária e que sejam justificadas em um suposto interesse público, passem a ser validadas pelas instituições guardiãs da observância do ordenamento jurídico. Desse modo, é preciso que o STF intervenha para garantir uma real democracia, aquela que

respeita, sobretudo, a dignidade das minorias vulneráveis. O Ministro Luís Roberto Barroso, no que tange ao tema em questão, salientou, em um de seus votos, que

o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional do país. Sua intervenção estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os Direitos Fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias. (BRASIL, 2007)

Outro ponto importante a ser destacado no exame da ADPF é a conciliação das regras fiscais limitadoras do aumento de gastos públicos com o dever do Estado de prover o mínimo existencial com o fulcro de garantir um ambiente prisional digno e ressocializador dos apenados. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a garantia do mínimo existencial integra a própria essência do princípio constitucional fundamental da dignidade humana e não pode ser relativizada com argumentos de limitações de gastos públicos (BRASIL, 2007).

O Estado, ao aplicar uma pena privativa de liberdade, termina por assumir uma responsabilidade em garantir uma vida digna aos apenados, com respeito a seus Direitos, tais como a garantia de saúde, educação, trabalho, respeito à integridade física e moral do preso, dentre outros que requeiram a proteção estatal. Isto quer dizer que, ao privar um indivíduo do convívio social, o Estado mantém com ele um vínculo de sujeição especial, entendido como uma relação na qual o sujeito é subordinado às determinações do ente estatal. Como tais comandos são pautados pela Constituição e pela lei, o Poder Público não pode ir além delas ou de encontro com elas. Por isso, é falho o fundamento a respeito da carência de recursos orçamentários para resolver o quadro crônico de violações nos presídios, visto que a Constituição proíbe que a pena seja cruel ou degradante, então, impõe-se que os órgãos políticos ministrem dotações orçamentárias suficientes nos ambientes prisionais para que não haja a configuração informal de penas cruelíssimas. (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015)

Além disso, o mínimo existencial se reveste de peso superlativo, não podendo o Poder Público alegar a teoria da reserva do possível para não cumprir com a garantia de Direitos básicos. O STF, em reiterada jurisprudência, vem enfatizando que o Estado não pode invocar a ausência de recursos ou de

autorização orçamentária para o inadimplemento de prestações ligadas ao mínimo existencial. (BRASIL, 2014)

Na petição direcionada ao Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF ora discutida, o PSOL também argumentou a existência de um grande abismo entre as normas jurídicas positivadas no ordenamento constitucional e infraconstitucional e as ações institucionais no âmbito carcerário. A demanda ajuizada mencionou um relatório produzido pelo Conselho Nacional do Ministério Público no qual indicou a situação das celas nos presídios, com ausência de camas e colchões, imposição de banhos somente com água gelada e sem toalhas, dentre outras condições. Outro ponto também discutido pela petição se referiu ao contingenciamento de recursos orçamentários do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com o objetivo de cumprir metas fiscais, em vez de utilizá-los para melhorar as penitenciárias. O partido político criticou tal atitude, visto que há um quadro de Estado de Coisas Inconstitucional incompatível com esse comportamento estatal de retenção de recursos públicos já disponíveis para serem gastos. (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015)

No que diz respeito à superlotação carcerária, alguns fatores contribuem para o agravamento desse cenário deplorável, tais como o excesso de prisões provisórias, muitas vezes injustificadas e abusivas à luz do Direito; a demora na tramitação das ações judiciais com réus presos e dos incidentes na execução penal e os equívocos em políticas criminais que apostam no endurecimento penal como meio de resolução de problemas sociais. Ao insistir com práticas medievais de gestão carcerária, o Brasil viola uma série de diplomas jurídicos, tais como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal de 1988.

No contexto da atuação dos juízes criminais, a ação traz em consideração o aumento exorbitante dos presos provisórios, contrariando as normas processuais que colocam a prisão preventiva como último recurso processual, ou seja, quando todas as outras cautelares alternativas à prisão forem inidôneas. Há um leque de medidas cautelares diversas da prisão, como o monitoramento eletrônico, no entanto, na prática, coloca-se a prisão provisória como o melhor instrumento de modo a aumentar cada vez mais a superpopulação carcerária.

Como se vê, a atuação do Poder Judiciário para a superação de tal quadro de violação massiva de Direitos Fundamentais do encarcerado requer medidas que possam ser adotadas, por meio de decisões estruturais, que envolvem a obrigação da atuação dos demais Poderes em atividades como a coordenação e execução de Políticas Públicas. Por isso, questiona-se a legitimidade do Judiciário para determinar Políticas Públicas no âmbito do sistema prisional, o qual remonta ao exercício da jurisdição pelo referido Poder de forma mais ativa.

5.1 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA A DETERMINAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Maia (2021) assevera que a Carta Política promoveu aquilo que se conhece como a constitucionalização do Direito, elevando, ao âmbito constitucional, Direitos que antes eram relegados à seara infraconstitucional e elencou uma série de Direitos e garantias fundamentais, com instrumentos potencialmente capazes de efetivá-los, acarretando, portanto, em um considerável aumento das competências do Judiciário, o que esboça o motivo que levou esse poder a atuar nas relações sociais. É diante de tal cenário, que se passa a questionar a legitimidade do Poder Judiciário para a determinação de Políticas Públicas, que, na presente pesquisa, volta-se ao âmbito do sistema prisional, considerando o Estado de Coisas Inconstitucional.

Quanto ao tema, Lopes (2019), afirma que as críticas que envolvem a atuação do Poder Judiciário são objeções de cunho democrático e institucional, de modo que, em relação ao primeiro, há quem defenda que o referido Poder não possui legitimidade democrática para realizar intervenções no contexto das Políticas Públicas, uma vez que os seus membros não foram eleitos pelo voto popular. Para a referida autora, tal posicionamento não merece prosperar, tendo em vista que a democracia não significa tão somente a escolha feita pela maioria, como também a salvaguarda de Direitos Fundamentais, essenciais a um Estado Democrático de Direito.

Santos e Geraige Neto (2018), afirmam que, de um lado, há os que advogam a legitimidade do Judiciário em concretizar princípios e valores que estejam positivados no bojo da Constituição e, de outra banda, os que entendem que tal

fenômeno, bastante recorrente, acaba por enfraquecer, além de pôr em risco, princípios como o da divisão de poderes e as atribuições clássicas da atuação do Judiciário. Com o intuito de responder tal impasse, estudiosos assentam suas contribuições doutrinárias adotando uma das duas teorias ou correntes principais que envolvem o tema, quais sejam: o eixo procedimentalista e o eixo substancialista. Frise-se que as duas teorias reconhecem que o Poder Judiciário é um instrumento das Constituições, as quais surgiram após a segunda grande guerra mundial e, no entanto, divergem nos pontos que devem ser melhor analisados.

Para os autores acima mencionados, a teoria procedimentalista possui como justificativa e prioridade a salvaguarda às condições do procedimento democrático, sendo um eixo que realça a função instrumentalista da Constituição, de modo que ela seria a garantia dos meios de participação democrática, bem como responsável por regular o procedimento de tomada de decisões. Com isso, o Judiciário possuiria o papel de tão somente resguardar o cumprimento e a obediência a este processo, não se destinando os valores substantivos ao processo em si, mas ao plano secundário. A fundamentação de tal teoria toca à desvinculação integral dos procedimentos de conteúdo axiológico.

Dentro dessa ótica, Santos (2021) afirma que o incremento do controle judicial acaba prejudicando o exercício da cidadania ativa, uma vez que está relacionado a uma postura considerada paternalista, de tal modo que deságua na desagregação social e no individualismo, considerando que o indivíduo, na posição de mero sujeito de Direitos, fica totalmente a mercê do Estado, transformando-se em “um cidadão-cliente” e o Poder Judiciário o seu fornecedor de serviços. Esse contexto forma uma situação crítica, atrelada a uma crise institucional que necessita ser superada. (HABERMAS; GARAPON apud SANTOS, 2021) Tudo isso, de acordo com a autora, é representado por ideias de Habermans e Garapon.

Segundo Santos (2021), para os procedimentalistas, uma vez que a lei não é a vontade direta do povo, esta mesma necessita de meios para expressá-la. Com isso, a Constituição tem o dever de tão somente garantir a existências de tais meios ou procedimentos, com o fim de que os cidadãos possam criar seu próprio Direito. Vale dizer, os princípios não devem, então, expressar conteúdo de caráter substantivo, mas apenas possibilitar a instrumentalização dos Direitos de participação e comunicação no seio democrático, não cabendo ao Poder Judiciário

dizer acerca do que decidir – o conteúdo –, mas apenas a forma ou como decidir – procedimento democrático –, a fim de que a sociedade decida da forma como lhe convier, formando, então, uma situação em que se garante procedimentos de ampla deliberação democrática.

No eixo procedimentalista, Geraige Neto e Santos (2018, p. 06), defendem a noção de dependência do Direito à fundamentação moral de princípios, revelando a teoria como uma certa crítica ao positivismo jurídico em que, “Habermas, dentro desta ótica, argumenta ainda que somente as teorias da justiça e da moral calcadas no procedimento podem acarretar na imparcialidade para a fundamentação e a avaliação dos princípios dentro de um processo”.

Como se pode notar, os fundamentos e argumentos sustentados pelos defensores da teoria procedimentalista seriam a proteção, antes de qualquer coisa, às condições do procedimento democrático, assim como a proteção aos ideais da divisão do poder e, com isso, vê-se que ela não aceita uma atuação do Poder Judiciário que exceda as suas atribuições e funções clássicas.

Por outro lado, a corrente substancialista advoga que o Judiciário precisa ganhar novo papel ante a função intervencionista do Estado e ser o intérprete do justo no seio da prática social. Nesse sentido, se as Políticas Públicas receberem maior relevância que a própria lei, o Judiciário precisa assumir a posição de poder estratégico, com potencial de assegurar que as Políticas Públicas garantam a democracia e também os Direitos Fundamentais e não interesses puramente hegemônicos específicos, que tem como expoentes Capelletti e Dworkin. Nessa linha, cumpre dizer, caberia à Constituição positivar o ideal de justiça, por meio de leis basilares e incisivas, de modo que sua implementação pela via do Judiciário acabaria transformando, de modo progressivo, tanto a sociedade, quanto as instituições, levando-as a realizar os valores fundamentais ao exercício da cidadania. (SANTOS, 2018)

Nessa toada, Geraige Neto e Santos (2018) pontuam que os substancialistas entendem que o Estado Democrático de Direito nasceu e, com radical na Constituição, veio a agregar ao Estado Liberal e ao Estado Social, tornando o Direito transformador, tornando possível realizar o resgate de promessas não cumpridas na modernidade.

Com isso, pode-se dizer que a lei não é feita por meio de um processo substancial, mas, sim, formalmente democrático, o qual mesmo na democracia direta prevalece os interesses da maioria, em prejuízo das minorias. Conforme Santos (2018, p. 35), “assim sendo, não seria diferente, no sentido de não ser preferível, a ‘criação’ jurisprudencial do Direito oriunda da interpretação constitucional, a conformação das Políticas Públicas a esse entendimento”.

Diante disso, deve-se considerar as palavras de Santos (2018, p. 35), segundo o qual,

a judicialização das Políticas Públicas encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição, tida como lei fundamental. Nessa ordem de ideias, o Judiciário não invade o âmbito do Executivo, apenas aplica a Constituição, esta sim que é superior a todos os Poderes Estatais, por serem poderes constituídos, ou seja, o Judiciário apenas exerce sua função, aplica a norma (constitucional). Essa supremacia se justifica pela necessidade de preservar certos núcleos de Direitos, como os Direitos Humanos, confiando sua guarda a instituições majoritárias (cortes constitucionais). Por isso é que o controle judicial das Políticas Públicas faz mais sentido no âmbito constitucional. Pois, as normas e princípios constitucionais prevalecem não somente sobre os Três Poderes, mas sobre toda a sociedade, em certo sentido, sobre a própria vontade da maioria. Por isso, o constrangimento que representa deve ser o **mínimo necessário** para assegurar aquele ideal de justiça. Logo, conceder ao Judiciário o poder de decidir sobre esse ideal (esses Direitos Fundamentais) não significa que os juízes representem melhor os interesses dos cidadãos que os parlamentares ou o Chefe do Executivo, que, aliás, são eleitos. Pois, os juízes também podem ser tiranos e arbitrários tanto quanto os titulares de cargos eletivos. Destarte, o controle judicial das Políticas Públicas representa apenas **mais uma** instância de controle, o que significa mais controle, qualitativa e quantitativamente, pois é um reforço apenas.

Destarte, percebe-se que, para a autora, quando o Judiciário atua no âmbito das Políticas Públicas, está na verdade, cumprindo a Constituição, fundando-se na supremacia desta, que se sobrepõe não só em relação a todos os poderes constituídos, mas também à sociedade, devendo as decisões judiciais conformarem-se com seus preceitos, sobretudo, no que toca ao núcleo dos Direitos Fundamentais. No entanto, nem por isso se pode entender que o Judiciário é o órgão que melhor representa os interesses e anseios sociais no que tange às Políticas Públicas, uma vez que, no exercício da jurisdição, pode praticar atos também atentatórios aos Direitos postos à apreciação.

Importa mencionar que, de acordo com Mello (2008), tanto a doutrina, como a jurisprudência têm adotado posição favorável ao controle judicial no que toca às Políticas Públicas, adotando, assim, a teoria substancialista.

No contexto da segurança pública, especificamente voltada ao setor prisional, não são raras as situações que necessitam dessa posição ativa do judiciário, como é o caso da identificação do Estado de Coisas Inconstitucional. Em relação a essa atuação mais ativa do Poder Judiciário, Campos (2016) assevera que, de fato, as decisões estruturais buscam atender aos anseios de uma sociedade em constante avanço, alcançando um número expressivo de pessoas e entidades mediante diretivas e comandos aos órgãos políticos. Tais tutelas buscam uma transformação ampla de um cenário conflitante com as leis constitucionais. Para tanto, as Cortes passam a intervir na formulação e implementação de políticas públicas. Daí a sua relação com o ativismo judicial, visto que trata-se de uma jurisdição constitucional mais assertiva, mais combativa, mais presente. (CAMPOS, 2016)

Para Lopes (2019), com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, as Cortes mostraram ser autênticos atores políticos, que acabaram norteando as Políticas Públicas e debruçando-se a encontrar soluções no lugar dos que foram eleitos em obediência às regras democráticas para tal função. Com isso, diversas discussões sobre a legitimidade do ECI como expressão do ativismo judicial são formuladas, tendo em vista que, para alguns autores, o instituto em questão descortina uma Supremacia Judicial e viola o Princípio da Separação de Poderes e da Ordem democrática. No entanto, a autora é categórica ao afirmar que, desde que preenchidos os requisitos objetivos do ECI no âmbito do sistema carcerário e, também, desde que se trate de uma intervenção judicial estrutural e suficientemente equilibrada para assegurá-lo, não é correto falar em supremacia judicial. Destacando, também, que o STF não está autorizado, mediante a declaração do referido instituto, a fazer as vezes da função do Legislativo ou mesmo do Executivo e, menos ainda, retirar a autonomia decisória dos juízes das instâncias inferiores no que tange à aplicação da lei penal. (LOPES, 2019)

No tocante à separação dos Poderes, Sérgio Cruz Arenhart (2013) compreende que existe a necessidade de um sistema jurídico no qual haja a revisão da ideia da separação dos Poderes, pois, para o autor, na contemporaneidade não há Estado que conviva com a radical proibição de interferência judicial. Assim, o Poder Judiciário precisa ter a capacidade de restabelecer os Direitos constitucionais violados, sendo o guardião da constituição.

É preciso entender que, diante de sociedades onde os representantes dos Poderes Executivos e Legislativos prejudicam a democracia com suas ações, surge a necessidade de reinterpretação do princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, o Poder Judiciário precisa ter a capacidade de restabelecer os Direitos constitucionais violados, sendo o guardião da Constituição. Além disso, segundo o citado autor, não se pode aceitar uma separação radical onde se defenda que o Poder Judiciário, conhecendo graves problemas e a ausência de Políticas Públicas adequadas que garantam os Direitos dos cidadãos, seja inerte diante da provocação.

Lopes (2019) aponta, ainda, que o Poder Judiciário não teria capacidade para lidar com a resolução de entraves encontrados em um ECI, uma vez que não possui conhecimentos relacionados à Política Pública. Todavia, conforme a autora, tal argumento não é digno de prosperar, considerando que a forma dialógica utilizada pelo Judiciário deve se dar de modo a permitir que a Corte trabalhe conjuntamente com os demais poderes, os quais, juntos, devem encontrar melhores soluções aos problemas apontados, de modo que cada órgão dos Poderes estatais atuará na sua área de especialidade, devendo existir, após, uma fiscalização do Judiciário, visando a constatar o cumprimento das decisões que, eventualmente, tiverem sido tomadas.

Uma análise perfeita dessa temática pode ser extraída do pensamento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), que nos mostra três pressupostos que devem ser observados para a legitimação da atuação do Poder Judiciário sobre as atribuições dos demais poderes, que são:

a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de Direitos Fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos Direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de Direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas Políticas Públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, 2016, p. 186)

Como visto, o autor defende que, efetivamente, deve o Judiciário, diante de Direitos constitucionais, agir e interferir, pois uma sociedade não pode ficar refém de governos que ferem os preceitos constitucionais e que levam a sociedade ao retrocesso, com perda de Direitos Fundamentais.

Como bem afirma o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2015d), relator da Medida Cautelar deferida na ADPF nº 347, a necessidade de se assegurar, num sistema jurídico, a proteção às minorias e a grupos vulneráveis, se reveste, em verdade, num fundamento indispensável à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, de modo que a opção do legislador constituinte não pode esvaziar-se numa mera proclamação retórica, sem efeitos práticos quando da sua realização material e, por isso mesmo, há de desaguar em consequências efetivas no ponto da organização política, na esfera das relações ditas institucionais que ocorre entre os poderes na República Federativa do Brasil.

Para o Ministro, ninguém está acima e, nem mesmo os grupos minoritários podem estar num patamar mais alto que os princípios superiores balizados pela Constituição. Assim, a fim de que o regime democrático não se resuma a uma categoria que seja política-jurídica meramente conceitual, é necessário resguardar as minorias e grupos vulneráveis, como os que se encontram em situação de cárcere, notadamente, em sede de judicialização. Assim, quando as circunstâncias assim se impuserem, a plenitude de instrumentos que garanta o exercício efetivo dos Direitos Fundamentais a todos, sem distinção, devem ser assegurados.

Nas palavras de Campos (2016, p. 20),

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.

Nessa linha, Sousa (2018), pontua que, diante dessa concepção, a intervenção do STF é justificada pela existência de um quadro atual e real estatal que é deficiente quanto à proteção dos Direitos Fundamentais, uma vez que a crise no sistema prisional no Brasil tem origem na ausência de articulação dos Poderes estatais que resulta na falha e, até mesmo, na ausência de Políticas Públicas para melhorar a situação do sistema carcerário, de modo que essa omissão estatal configura, indubitavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão. Tal entendimento também é corroborado por Lopes (2019, p. 35) ao afirmar, textualmente que

Um cenário ainda mais gravoso que a omissão provocada pela falta de lei, é aquele ocasionado pela ausência da coordenação entre os Poderes, Órgãos e Entidades Públicas. Esse descompasso prejudica a formação e a execução de Políticas Públicas de forma a gerar falhas estruturais que violam massiva e sistematicamente os Direitos Fundamentais. Nessas

hipóteses, os remédios constitucionais fornecidos para a solução das omissões inconstitucionais não são suficientes. O problema social é tão amplo e grave que suscita a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, envolvendo medidas legislativas, administrativas e orçamentárias para formulação e execução de Políticas Públicas adotadas na efetivação dos Direitos Fundamentais.

Para Lênio Luiz Streck (2009), o Estado Democrático de Direito dependeria mais de uma ação concreta por parte do Judiciário. Além disso, o autor (STRECK, 2009) indica que tal afirmação pode ser relativizada, principalmente porque não se pode esperar que surja do Judiciário uma solução mágica dos problemas sociais. Para ele, o que acontece é que, se no processo constituinte foi feita a opção por um Estado que seja intervencionista, visando uma sociedade mais justa, com, por exemplo, a erradicação da pobreza, era de se esperar que o Poder Executivo e Legislativo cumprissem os referidos programas elencados na Constituição. Todavia, ocorre que os Poderes não estão dando cumprimento à Constituição e as normas-programas não estão sendo efetivadas. Por isso, configurada a falha ou ausência de Políticas Públicas cumpridoras dos preceitos do Estado Democrático de Direito, nasce o Judiciário como instrumentalizador do resgate dos Direitos não concretizados.

Contudo, é evidente que a posição do Judiciário, ao reconhecer o ECI, é ativista. Entretanto, a sua atuação na defesa dos Direitos Fundamentais que sejam sistematicamente violados não deve ser encarada como ilegítima, levando em conta a real situação de países como o nosso, nos quais a violação aos Direitos constitucionalmente positivados é recorrente. (ROSA, 2020)

Segundo Lopes (2019, p. 37), existe um vínculo de sujeição dos encarcerados em relação ao Estado, que possui o dever de mínima proteção aos seus Direitos. Assim, estando essa proteção insuficiente, ou mesmo, no caso do Brasil, em que se vê um total descaso do Poder Público com os Direitos de uma minoria, o STF tem como dever intervir e fazer cumprir a Constituição, não devendo existir dúvidas quanto a sua legitimidade para emitir decisões que visem superar os bloqueios políticos e institucionais e que “retirem os demais poderes da situação de inércia, catalise os debates e as novas Políticas Públicas, coordene as ações e monitore os resultados”. Para a autora, tratando-se de sistema penitenciário nacional, a legitimidade do STF fica ainda mais clara, uma vez que o Judiciário é o protagonista

da execução penal, pois é ele o responsável por condenar o indivíduo para cumprir sua pena no cárcere.

Na visão de Costa (2015), não significa que, na prática da jurisdição, quando houver provocação pelos atingidos pelo arbítrio, violência, omissão ou abuso do Estado, não se possa considerar, ao contrário do que muitos de forma errônea afirmam, uma atitude de interferência indevida da Suprema Corte no âmbito dos demais Poderes.

Ademais, Lopes (2019) defende que, em uma situação de omissão do Estado, em que a atuação do Judiciário seria a única saída para reverter um quadro de violação massiva de Direitos Fundamentais, é um dever do Poder Judiciário intervir na realização, bem como na implementação de Políticas Públicas, com a finalidade de proteger tais direitos. Desse modo, contrariamente ao que estabelece tal crítica, o Judiciário estará, em verdade, reafirmando a democracia, principalmente quando envolver Direitos Fundamentais de minorias, como é o caso dos presos, tendo em vista que, sob a égide de um Estado dito democrático, é dever do Estado, que é representado pelos três Poderes, a tutela dos Direitos Fundamentais.

Vale ressaltar que, seguindo essa lógica, em caso de eventual impossibilidade de atuação jurisdicional no caso em questão, se descortinaria uma verdadeira legitimação da violação do Direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados, principalmente, se for considerada que a gravidade da situação está ligada à omissão do Poder Público.

5.2 O JULGAMENTO DA ADPF

A petição inicial que consubstancia a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, formulada na Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, apresenta pedidos cautelares e definitivos (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015). Em relação aos primeiros, busca-se, em resumo, a determinação, pelo STF, de providências imediatas no âmbito do sistema penitenciário, ao argumento de que há a presença dos requisitos exigidos para a concessão de medidas cautelares, quais sejam, a verossimilhança das alegações de fato e de Direito e a urgência. Antes, porém, de examinar e tecer comentários ao

voto do relator e dos demais ministros, é necessário especificar, em resumo, quais foram esses pedidos feitos no bojo da ADPF.

Dentre os pedidos cautelares realizados, destacam-se, sucintamente: a) a motivação expressa dos juízes expressando a razão pela qual não optaram por medidas alternativas à prisão; b) a realização de audiência de custódia pelos juízes, em até noventa dias, viabilizando o comparecimento do preso, no prazo máximo de 24 horas, a contar da prisão captura; c) a consideração, pelos juízes, da situação caótica em que se encontram as penitenciárias no momento em que forem determinar a prisão processual, aplicar a pena e durante a sua execução; d) a preferência pela adoção de penas alternativas à prisão, tendo em vista que a reclusão é cumprida em condições muito mais severas que as permitidas pelo ordenamento, por conta da realidade degradante do sistema carcerário brasileiro e; e) a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015)

No mérito, a prefacial solicitou a confirmação das cautelares supracitadas; o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema penitenciário; a elaboração de planos, pela União, com metas que removam a inconstitucionalidade estrutural no prazo de até três anos; a submissão do plano à análise dos Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público, bem como à Procuradoria Geral da República; e a elaboração de planos pelos estados e pelo Distrito federal, em consonância com o elaborado pela União. (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2015)

Ao examinar as preliminares, matérias de natureza processual, que envolvem o processo ora discutido, o Supremo entendeu que os requisitos previstos para o recebimento da ADPF estavam preenchidos, tais como a violação de preceitos fundamentais, a impugnação de atos do Poder Público e a não existência de outro meio processual adequado para reparar o dano. A Corte assentou que os Direitos básicos afetados, no caso os dos presidiários, correspondem a preceitos fundamentais, a exemplo da dignidade humana, vedação de tortura e de tratamento desumano. Ademais, considerou haver liame causal entre o comportamento estatal e o cenário de transgressão sistêmica que permeia o ambiente prisional. Por fim, reafirmou a adequação da via eleita, haja vista não existir outra ação com

capacidade de abranger todos os atos e lesões relatados no bojo da inicial. (BRASIL, 2015d)

Após a análise das matérias de cunho processual, o voto condutor do julgado passou a enfrentar o mérito da questão: a falência do sistema penitenciário. Iniciou com considerações sobre a superpopulação carcerária, composta, grande parte, por pobres e negros, observando que o Brasil está na quarta posição mundial em termos de encarcerados. Em seguida, mencionou que o excesso de prisões provisórias constitui um dos motivos do hiperencarceramento e ressaltou as condições calamitosas das celas, caracterizadas como imundas e insalubres, as violências físicas e morais que lá ocorrem, bem como a falta de acesso à educação, à saúde e à assistência judiciária. Por fim, apontou que o quadro não é peculiar a um ou a dois presídios, mas que abarca todos os presídios do Brasil. (BRASIL, 2015d)

No tocante à responsabilidade do Estado pelo quadro inconstitucional presente no sistema prisional, o relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio, destacou que as violações aos Direitos dos presos não decorrem de omissões de um ou outro poder isoladamente, mas de todos os Poderes da República e de todos os entes federativos. O relator acentuou, ainda, que, além da ausência de políticas públicas efetivas que considerem a situação indigna na qual estes sujeitos cumprem suas penas, também existe parcela de responsabilidade dentro do Poder Judiciário, principalmente em termos de interpretação e aplicação da lei penal. Nessa linha, o relator condenou o uso excessivo de prisões provisórias, concretizando a cultura do encarceramento. (BRASIL, 2015d)

Para o STF, assim, é evidente a configuração de um Estado de Coisas Inconstitucional, eis que presentes os seus pressupostos, quais sejam, a situação de violação generalizada de Direitos Fundamentais, a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação e a superação das transgressões exigir a atuação de uma pluralidade de autoridades (BRASIL, 2015d). Como já relatado ao longo deste trabalho, a falência do sistema prisional se consolida à medida que cresce o desinteresse em efetivar as leis que cuidam dos Direitos dos presos, a exemplo da Lei de Execução Penal. Com efeito, os bloqueios políticos e institucionais precisam ser pulverizados para que haja um movimento estatal no sentido de preservar a dignidade humana dos presos. Assim, nesse contexto, a intervenção judicial afigura-se como legítima.

O relator Marco Aurélio, preocupado com eventuais acusações de ativismo ilegítimo, mencionou o fato de que a demarcação do alcance do termo Estado de Coisas Inconstitucional não é tarefa fácil. Considerando os inúmeros problemas sociais brasileiros, que se têm presente a violações de Direitos, como o saneamento básico, a educação e a saúde pública, não se pode afirmar, com certeza, que eles representam um quadro de violação sistemática de um número relevante de pessoas. Para ele, no entanto, em relação ao sistema prisional, isso é mais que evidente, ante o nível elevadíssimo de inconstitucionalidades (BRASIL, 2015d). Assim sendo, é papel do Supremo exercer atuação enérgica no tocante ao controle de Políticas Públicas. Em alguma medida, segundo o relator, isso já vem sendo feito, a exemplo do decidido no Recurso Extraordinário nº 592.581-RS, no qual se entendeu possível o Judiciário obrigar os entes federativos a realizarem reformas nos presídios a fim de garantir os Direitos básicos dos presos, ainda que não haja dotação orçamentária específica (BRASIL, 2015e).

É verdade que o campo típico de resolução desses problemas seria o político, notadamente o Congresso Nacional e o Executivo Federal. Não obstante, como assentou o Ministro Marco Aurélio, em assuntos de grande rejeição popular, como é o caso da tutela de Direitos dos presidiários, os poderes representativos não costumam intervir, uma vez que isso se traduziria em impopularidade política do parlamentar. Em outras palavras, a falta de prestígio político dos presidiários implica a ausência de medidas adequadas a transformar o quadro de inconstitucionalidades, como a destinação de parcelas dos recursos públicos na construção e reformulação de presídios, mitigando as causas do hiperencarceramento. (BRASIL, 2015d)

Esse cenário se traduz nos bloqueios institucionais que a Corte colombiana identificou, tanto no caso dos deslocados, quanto na análise do sistema criminal colombiano. Superá-los, segundo o relator da ADPF, exige intervenção jurisdicional. Com efeito, segue transcrição literal

Em síntese, a solução das graves violações de Direitos Fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática. (BRASIL, 2015d)

No mesmo sentido do relator, o Ministro Edson Fachin asseverou que, nos casos em que os poderes políticos não cumprem fielmente o seu papel de efetivar Direitos Fundamentais, permanecendo inertes, a Separação de Poderes ou o princípio democrático não podem ser invocados como fundamentos legítimos para impedir uma atuação assertiva de quem deve proteger a força normativa da Constituição. Prefere-se, para ele, que as políticas públicas voltadas a concretizar Direitos Fundamentais sejam debatidas no espaço adequado, que é o político. Contudo, quando grupos vulneráveis não encontram campo fértil no espaço político para a apreciação de suas demandas essenciais, vinculadas à dignidade humana, mormente porque são impopulares, incumbe às Cortes Constitucionais exercerem o papel de força contramajoritária para assegurar Direitos Humanos. (BRASIL, 2015d)

Não há dúvidas de que as objeções de ordem democrática como também as de incapacidade institucional devem ser levadas em consideração, porque, sim, o ECI se trata de um exemplo vivo de ativismo judicial. Nesse sentido, como não há previsão expressa no ordenamento jurídico dessa categoria jurídica, logo, vê-se que se tratar de uma criação judicial.

O poder politico-normativo das Cortes é dilatado com a afirmação do ECI; isso porque após tal declaração haverá um exercício expansivo e continuado sobre as condutas dos demais poderes, sobretudo as de natureza política. Esse ativismo só é necessário e legítimo quando presentes uma série de fatores, são eles, os institucionais, como uma Constituição que declara direitos fundamentais; políticos, como a ausência de debate sobre a efetivação de direitos de grupos vulneráveis pelo governo; e sociais, como a violação massiva e generalizada de direitos humanos. Nesse contexto, a atuação assertiva das Cortes torna-se um meio imprescindível para se efetivar Direitos. (CAMPOS, 2016)

Alguns ministros se retraíram em deferir certas medidas cautelares em razão da possibilidade de tal precedente vir a constituir fundamento para o manejo de reclamação no Supremo em face de decisões judiciais que não as observarem. De acordo com estes ministros, parte das medidas cautelares ajuizadas integra a legislação constitucional e infraconstitucional, mas, uma vez deferidas, o desrespeito às determinações da Corte desafiaria a interposição do instituto da reclamação, como ficou evidente nos votos dos Ministros Luis Roberto Barroso, Edson Fachin e Teori Zavasky (CAMPOS, 2016).

Sendo assim, percebe-se que o Supremo optou, em parte, por proteger a atividade funcional da Corte, evitando o manejo de reclamações em série. Dessa forma é possível dizer que o controle jurisdicional da constitucionalidade dos pedidos cautelares se baseou, também, em fatores de jurisprudência defensiva, considerada como barreiras processuais ou jurídicas, criadas pelos próprios tribunais, que visam diminuir a expansão de demandas processuais admissíveis pelas Cortes Superiores.

Por conseguinte, os pedidos cautelares deferidos pelo Supremo envolvem essencialmente a aplicação e a interpretação da lei processual penal e, de outra parte, uma norma de ordem orçamentária. Ainda assim, o Tribunal não acolheu juridicamente alguns pedidos de cunho interpretativo, apenas emitindo recomendações e argumentando que era desejável que os juízes adotassem tal entendimento, a fim de evitar o ajuizamento excessivo de reclamações na Corte.

Nesse sentido, os ministros concordaram em deferir a cautelar relativa à obrigatoriedade da audiência de custódia, tal qual fixado na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, propiciando o comparecimento do preso a um juiz em até 24 horas após sua prisão; como também àquela concernente ao desbloqueio da verba orçamentária do Fundo Penitenciário, de modo que seja utilizada com a destinação para a qual foi criada. Por fim, deferiu a proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, com o intuito de obrigar a União e os estados a diagnosticarem a situação atual do sistema carcerário, bem como propor soluções factíveis, encaminhando-as ao Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2015d)

6 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi demonstrada a existência de uma insistência num modelo carcerário voltado ao punitivismo penal, deixando, frequentemente, de lado, a principal função da pena, que é a busca pela ressocialização do preso. O sistema penitenciário brasileiro está em estágio de falência, com celas superlotadas e sem a garantia de respeito aos direitos basilares preconizados nos vários diplomas legislativos. Os problemas que envolvem as penitenciárias são extremamente complexos porque vão desde ao déficit de vagas à ausência de comida dentro dos presídios. Vistas como escolas do crime, as instituições prisionais são regidas por facções criminosas que aliciam, coagem, e, por fim, integram o preso ao grupo criminoso. A ausência de condições dignas à existência humana, evidenciada pelas celas insalubres, comidas estragadas e pelo pouco espaço para uma adequada noite de sono faz com que as organizações criminosas se proliferem dentro dos presídios, sabotando a função ressocializadora da pena e consolidando o regime do caos. Nesse sentido, impõe-se, de forma urgente, a necessidade de implementação de políticas públicas ressocializadoras e construtivas no ambiente prisional.

Diante desse contexto, a solução para a melhoria do sistema penitenciário brasileiro sugere a mudança de um paradigma na política de segurança pública no país. A crença na cultura do encarceramento como forma de garantir a paz social incorre em contradição, levando a um aumento da superlotação carcerária, com o consequente fortalecimento das facções criminosas que atuam como um poder paralelo no país. Nesse sentido, o que se acredita como sendo meio de trazer a paz social, termina por gerar um ambiente de intranquilidade na sociedade.

É verdade que a tarefa de eleição das políticas públicas pertinentes de serem implementadas pertence, em um primeiro momento, aos Poderes políticos, Legislativo e Executivo. Assim, o fórum adequado para debater e formular medidas legislativas e orçamentárias é o Congresso Nacional e a efetivação dessas escolhas se realiza no âmbito da atividade administrativa dos órgãos administrativos. No entanto, existem situações em que a esfera política e as demandas da sociedade não caminham em um mesmo sentido, fato que gera consequências de cunho político, social e econômico. Esse descompasso é ainda

mais evidenciado quando, em um dos lados da balança, se tem grupos politicamente vulneráveis, sem poder de barganha política.

Constatado este descompasso, o Poder Judiciário deve agir como o poder que possui o papel de efetivar os Direitos Fundamentais, a fim de preservar a sua força normativa. Essa afirmação encontra ainda mais respaldo quando o distanciamento entre a Constituição e a realidade é extremo, permitindo o surgimento de um cenário de graves inconstitucionalidades. É disso que se trata a figura jurídica do Estado de Coisas Inconstitucional, que visa a aproximação das normas jurídicas com a realidade, mediante ordens estruturais aos demais órgãos do Estado, que falharam, às vezes até mesmo intencionalmente, nesta tarefa. Nessas circunstâncias, fica comprovada a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, principalmente em razão das inconstitucionalidades sistêmicas derivarem de um bloqueio político e institucional dos órgãos políticos. Assim, a ausência ou a deficiência de políticas legislativas, administrativas e orçamentárias aptas a remover as falhas estruturais que causam ou perpetuam os ataques generalizados aos Direitos Humanos de um determinado grupo, funcionam como incentivos ou fatores que legitimam as decisões estruturais.

Além disso, demonstrou-se que o ativismo judicial, nesse caso, é dialógico e, portanto legítimo, encontrando bases na atuação em conjunto com os demais poderes, objetivando a realização de políticas públicas voltadas ao sistema carcerário. Nesse sentido, temos como exemplo o julgamento da ADPF nº 374, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual Judiciário utilizou mecanismos democráticos que levaram a um diálogo honesto junto à sociedade civil, adotando as melhores medidas para todos.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, através das decisões estruturais, intervém na reestruturação de instituições e de sistemas que agredem Direitos Fundamentais na sua esfera objetiva. Assim, a inconstitucionalidade, que se encontra alocada na estrutura de modelos governamentais, nos ciclos de elaboração de políticas públicas e na falta de interesse dos órgãos competentes em resolver os problemas existentes, pode ser corrigida através da atuação da Jurisdição Constitucional, visto que se tratam de defeitos gravíssimos que impedem a concretização das promessas constitucionais mais mezinhas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

ANDRADE, Ueliton Santos de; FERREIRA, Fábio Félix. Crise no sistema penitenciário brasileiro: capitalismo, desigualdade social e prisão. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, Salvador, v. 3, n. 1, 24-38, 2014.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2020/21**: o estado de Direitos Humanos no mundo. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2021/04/anistia-internacional-informe-anual-2020-21_versao-revisada-01.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCARELLI, Aureliano. Presídios do país são campeões de Aids. **Folha de São Paulo**, 11 de agosto de 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff110815.htm>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Câmara dos deputados. **CDHM acompanha situação da pandemia os presídios; Estados não dão informações e DF nega por 3 vezes encontro para discutir o assunto**. Brasília: Comissão de Direitos Humanos e Minorias, 2020a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/cdhm-acompanha-situacao-da-pandemia-nos-presidios-estados-nao-dao-informacoes-e-dfnega-por-3-vezes-encontro-para-discutir-o-assunto>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. Câmara dos deputados. **CPI – Sistema Carcerário Brasileiro**. Brasília: Câmara dos deputados, 2015a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0yqglf0q1oidx1oecks862wh2g15229182.node0?codteor=1366810&filename=Tramitacao-REL+2/2015+CPICARCE+%3D%3E+RCP+6/2015. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Câmara dos deputados. **ONU faz alerta sobre presídios no Brasil e apoia desencarceramento por causa da pandemia; presidente da CDHM endossou iniciativa em março.** Brasília: Comissão de Direitos Humanos e Minorias, 2020b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/onu-faz-alerta-sobre-presidios-no-brasil-e-apoia-desencarceramento-por-causa-da-pandemia-presidente-da-cdhm-endossou-iniciativa-em-marco>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.869, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. **Lei nº 11.798, de 1º de dezembro de 2003.** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil.** Brasília: Governo Federal, 2017a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Ministério da Justiça. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados.** Brasília: Governo Federal, 2020c. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Ministério da Justiça. **Plano diretor de melhorias para o sistema prisional.** Brasília: Governo Federal, 2012. Disponível em: https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/Plano_Diretor_de_Melhorias_para_o_Sistema_Prisional_Depen.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023).** Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2019a. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2015b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/plano-nacional-politica-criminal.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico**, Brasília, vol. 46, n. 5, 2015c. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/marco/25/Boletim-tuberculose-2015.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 63 – Distrito Federal**. Voto: Min. Celso de Mello, 07 de novembro de 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 580.525-9 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492054>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas**. Relator: Min. Celso de Mello, 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 137.728 Paraná**. Relator: Min. Edson Fachin, 25 de abril de 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13278510>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-7 São Paulo**. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 93.883 São Paulo**. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de agosto de 2008b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583801>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 – Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro 2015d. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário 592.581 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 26**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2015.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; SANTOS, Ercolis Filipe Alves. Políticas públicas e a falência do sistema prisional brasileiro: teses jurídicas 17 e 18 do Procurador-Geral da República PGR, e a imediata intervenção do Poder Judiciário. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 232-251, 2015.

COSTA, Jaqueline Sérgio da; SILVA, Johnny Clayton Fonseca da; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. COVID-19 no sistema prisional brasileiro: da indiferença como política à política de morte. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 32, 2020.

COSTA, Lucas Sales da. **Legitimidade e critérios de atuação do Poder Judiciário no cenário do neoconstitucionalismo**: para além da jurisdição constitucional. Monografia (Especialização em Direito Constitucional) – Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016.

COYLE, Andrew. **Administração penitenciária**: uma abordagem de Direitos Humanos. Manual para servidores penitenciários. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002.

CSILLAQ, Claudio. **Folha de São Paulo**, 11 de junho de 1993. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=12086&keyword=Aids&anchor=4766530&origem=busca&originURL=&pd=b37008b748dc0375ce10a574a841b99b>. Acesso em: 22 abr. 2021.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

FÉLIX, Brenda Theresa Alencar Lobão Leite. Significados de participação nas decisões penitenciárias: estudo sobre o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 65-81, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

FERNANDES, Bruna Rafaela; RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. O sistema carcerário brasileiro. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, v. 4, n. 3, p. 115-135, 2013.

FIGUEIRA, Hector Luiz Martins; MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. O caso *Brown versus Board of education* e a segregação racial nas escolas norte-americanas em paralelo com o racismo brasileiro. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 159-174, 2020.

FISS, Owen. **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

G1. **Brasil ultrapassa 300 mil mortes por Covid**. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/03/24/brasil-ultrapassa-300-mil-mortes-por-covid.ghtml>. Acesso em: 21 abr. 2021b.

__. **Mundo tem mais de 2 milhões de mortos por Covid-19, afirma universidade**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/15/mundo-tem-mais-de-2-milhoes-de-mortos-por-covid-19-afirma-universidade.ghtml>. Acesso em: 21 abr. 2021a.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 14, p.1-32, 2013.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, ano VII, nº 9, p. 379-397, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KAUARK, Fabiana; MANHÃES, Fernanda Castro; MEDEIROS, Carlos Henrique. **Metodologia da Pesquisa: um guia prático**. Itabuna: Via Litterarum, 2010.

LOPES, Rafaella Marineli. **Estado de Coisas Inconstitucional: a judicialização em busca da efetivação dos direitos fundamentais no cárcere**. Monografia (Especialização em Direito Constitucional e Eleitoral) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

MACHADO, Jean Carlos; et al. A incidência de tuberculose nos presídios brasileiros: revisão sistemática. **Revista de Atenção à Saúde**, v. 14, n. 47, p. 84-88, 2016.

MAIA, Vinicius Lins. **A legitimidade do Poder Judiciário na seara das Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/A-Legitimidade-do-Poder-Judici%C3%A1rio-na-seara-das-Pol%C3%ADticas-P%C3%ABlicas.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? **Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (Arts. 1º ao 120)**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2020.

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 3, n. 3, p. 306-324, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Lucas Oliveira; TANAKA, Carolina Akemi Otsubo; FERREIRA, Manuela Magro. Situação dos presídios nos tempos de crise. **Encontro de Iniciação Científica**, v. 16, n. 16, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2019.

OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 29-44, 2010.

OVALE. **Pesquisa revela que 43,9% dos brasileiros acreditam que ‘bandido bom é bandido morto’; 48,3% discordam**. Disponível em: https://www.ovale.com.br/_conteudo/brasil/2020/06/107803-pesquisa-revela-que-43-9--dos-brasileiros-acreditam-que--bandido-bom-e-bandido-morto---48-3--discordam.html. Acesso em: 21 abr. 2021.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de concessão de medida cautelar**. Rio de Janeiro: Supremo Tribunal Federal, 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, 2017.

PINTO, Geórgia Marília Honorato. **Análise crítica do sistema prisional brasileiro e estudo sobre a operacionalização do caráter correcional da pena**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PISCITELLI, Rui Magalhães. Desigualmente iguais. **Revista Da AGU**, v. 5, p. 01-13, 2005.

PRADO, Regis Luiz. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REIS, Cássia Barbosa; BERNARDES, Erica Bento. O que acontece atrás das grades: estratégias de prevenção desenvolvidas nas delegacias civis contra HIV/AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 7, p. 3331-3338, 2011.

RODRIGUES, Juliane; BEZERRA, Gabrielle Cristiane M.; MEDEIROS, Gilmara Joane Macedo. Projeto de lei de responsabilidade político-criminal: um estudo a partir da criminologia crítica. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 1, n. 2, p. 135-149, 2017.

ROSA, Camila Maria. **Sistema carcerário brasileiro e o estado de coisas inconstitucional**. São Paulo: Editora Dialética, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; GERAIGE NETO; Zaiden. A oposição entre substancialismo e procedimentalismo ainda faz algum sentido? **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Porto Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-15, 2018.

SANTOS. Marília Lourido. Políticas públicas (econômicas) e controle. **Jus**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 7. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Darlúcia Palafoz. O art. 5º, III, da CF/88 em confronto com o sistema carcerário brasileiro. **Jus**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21053>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SOUSA, Lorena Silva de. **A crise no sistema prisional e o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional"**: uma análise dos fundamentos fáticos e jurídicos na provocação ao Supremo Tribunal Federal na ADPF de nº 347. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

SOUZA, André Torres de. **Facções criminosas nos presídios brasileiros: dificuldades de enfrentamento ao crime organizado pelo estado brasileiro**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Tabosa de Almeida, Caruaru, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TRESSA, Simone Valadão Costa e. Estado de coisas inconstitucional: legitimidade e efeitos práticos no ordenamento jurídico brasileiro. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 6, n. 1, p. 76-95, 2019.

UOL. **ONGs acusam Brasil de negligência em presídios**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2017/01/04/ongs-acusam-brasil-de-negligencia-em-presidios.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.