



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

CAMILA MARIA ROSA CASARI

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

**ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO COMO FORMA DE
SUPERAÇÃO DE FALHAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS**

JACAREZINHO – PR

2017

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

**ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO COMO FORMA DE
SUPERAÇÃO DE FALHAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS**

CAMILA MARIA ROSA CASARI

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica. Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas.

Prof. Dr. Gilberto Giacóia

**JACAREZINHO – PR
2017**

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

**ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO COMO FORMA DE
SUPERAÇÃO DE FALHAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS**

CAMILA MARIA ROSA CASARI

Esta dissertação foi julgada adequada pela Banca de Qualificação para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Banca Examinadora e pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na linha de pesquisa “Estado e Responsabilidade: questões críticas”. Banca examinadora:

Presidente: Professor Gilberto Giacoia

Membro: Professor Luiz Fernando Kazmierczak

Membro: Professor José Eduardo Lourenço dos Santos

Coordenador do Curso: Professor Fernando de Brito Alves

Jacarezinho-PR, junho de 2017.

DADOS CATALOGRÁFICOS

CASARI, Camila Maria Rosa.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DE FALHAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS/ Camila Maria Rosa Casari. Jacarezinho, PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2017.

CC, 201f.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacóia

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2017.

Gênero – Violação dos direitos fundamentais dos presos – Ativismo judicial estrutural – Responsabilidade do Estado.

CDU.343.2:342.7181
PHA 33

A prisão é uma experiência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis. O Projeto Alternativo alemão orientou-se nesse sentido ao afirmar que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”. Por conhecermos bem as críticas que o encarceramento merece, acreditamos que os princípios de sua progressiva humanização e liberalização interior são a via de sua permanente reforma, caminho intermediário entre o conservadorismo e a convulsão abolicionista, não seguidos, claro, por nenhum país do mundo, independente dos seus regimes jurídico e político.

(César Roberto Bitencourt, “Falência da pena de prisão, causas e alternativas”)

Agradecimentos

À inspiração divina, que guia meu caminho, sempre e por tudo;

Ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na pessoa de todos os professores e funcionários, aos meus colegas de Mestrado, sem exceção, pelo valoroso período de aprendizado.

Ao Professor Doutor Gilberto Giacóia, pela orientação acadêmica no desenvolvimento desta dissertação;

Aos meus pais Manoel Isaías Rosa e Divina Isabel Benevente Rosa, e irmã Karen Manoela Rosa, por existirem;

Aos meus familiares, especialmente ao meu cunhado Régis Adamus Caetano, pelo auxílio nas revisões ortográficas de língua estrangeira nos trabalhos acadêmicos;

Aos meus colegas do escritório de advocacia, pela inquietude na busca por conhecimento e em fazer o mais justo para mudança da realidade social dos que nos cercam;

Ao meu marido Fernando Rafael Casari, pela paciência, compreensão diante das ausências, companheirismo nas viagens à Jacarezinho e ajuda na finalização do presente trabalho, com a leitura dos esboços, revisão da ortografia e discussão dos temas;

À amiga Nathália Colângelo, pelos diálogos frutíferos, torcida e incentivo, que me fortaleceu nos momentos de incerteza, sem o qual não seria possível a conclusão deste objetivo.

CASARI, Camila Maria Rosa. **Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário Brasileiro: Ativismo Judicial Estrutural Dialógico como forma de Superação de Falhas nas Políticas Públicas e Efetividade dos Direitos Fundamentais dos Presos**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica - Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão. Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. UENP: Jacareinho, 2017.

RESUMO

Esta dissertação apresenta à discussão acadêmica e à sociedade o novo conceito ou técnica de julgamento consistente no Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), originário da Corte Constitucional Colombiana, investigando sua utilização no direito comparado, como forma de verificar a viabilidade jurídica para sua aplicação no Brasil. Adotando-se a metodologia de revisão bibliográfica, verificamos a existência de omissão estatal reiterada, sistemática e generalizada em efetivar os direitos fundamentais dos presos, gerando uma grave situação de falha estrutural nas políticas públicas penitenciárias, tornando os presídios ambientes insalubres e indignos. Diante desse cenário de falhas estruturais nas políticas públicas e da necessidade de proteção aos presos, a partir do estudo da evolução do controle judicial das políticas públicas como fator impeditivo da convivência do Poder Judiciário com a manutenção das violações aos direitos fundamentais decorrentes de falhas ou ausências de atuação do Poder Público, surge a proposta do ECI, analisado como forma de ativismo judicial estrutural dialógico, permitindo que a Corte Constitucional interfira de forma considerável no processo das políticas públicas, pautando a atuação do Poder Público a partir da expedição de ordens estruturais flexíveis, indicando e monitorando as medidas necessárias à superação do estado de inconstitucionalidade, promovendo o diálogo entre os Poderes e as autoridades. O reconhecimento do ECI no sistema prisional brasileiro foi iniciado com o julgamento das medidas cautelares postuladas pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, com objetivo de proporcionar reais melhorias nas unidades prisionais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Coisas Inconstitucional; políticas públicas; direitos fundamentais; ativismo judicial estrutural dialógico; sistema carcerário.

CASARI, Camila Maria Rosa. **Unconstitutional State of Things in the Brazilian Prison System: Dialogical Structural Judicial Activism as a Way to Overcome Failure in Public Policies and Effectiveness of Prisoners' Fundamental Rights**. Dissertation submitted to the Masters Degree Program in Law - Concentration Area: Theories of Justice: Justice and Exclusion, line of research: State and Responsibility: Critical Issues - State University of Northern Paraná. UENP: Jacarezinho, 2017.

ABSTRACT

This dissertation presents to the academic discussion and to the society the new concept or technique of consistent judgment in the Unconstitutional State of Things (UST), originating from the Colombian Constitutional Court, investigating its use in comparative law, as a way of verifying the legal feasibility for its application in Brazil. Adopting the methodology of literature review, we verified the existence of repeated, systematic and widespread state omission in effecting the fundamental rights of prisoners, generating a serious situation of structural failure in public penitentiary policies, making prisons environment unhealthy and unworthy. Faced with this scenario of structural failures in public policies and the need to protect prisoners, from the study of the evolution of judicial control of public policies as a factor preventing the collusion of the Judiciary with the maintenance of violations of fundamental rights arising from failures or absences Of the Public Power, the UST proposal emerges, analyzed as a form of dialogical structural judicial activism, allowing the Constitutional Court to interfere considerably in the process of public policies, guiding the action of the Public Power from the issuance of flexible structural orders, indicating and monitoring the necessary measures to overcome the state of unconstitutionality, promoting the dialogue between the Powers and the authorities. The recognition of the UST in the Brazilian prison system was initiated with the judgment of the precautionary measures postulated by the Arrangement of Non-compliance with Basic Precept n° 347, with the objective of providing real improvements in the prison units.

KEYWORDS: Unconstitutional State of Things; public policies; fundamental rights; dialogical structural judicial activism; prison system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 LEGITIMIDADE DO ESTADO PARA IMPOSIÇÃO DA PENA	18
1.1 Legitimidade do Estado para imposição da pena – uma abordagem sob a perspectiva do pacto social e da teoria do garantismo penal	18
1.2 Análise da Lei de Execução Penal sob a perspectiva da Teoria do Garantismo Penal ..	32
1.3 As condições oferecidas pelos presídios – exame de dados estatísticos sobre o sistema carcerário brasileiro	38
1.4 A responsabilidade internacional do Brasil em relação à proteção aos direitos fundamentais dos presos	44
1.5 A necessidade de políticas públicas que garantam aos reclusos o acesso aos direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.....	52
1.6 A insuficiência de recursos financeiros para implementação das políticas públicas	58
1.7 A discricionariedade do Estado na escolha da política pública e os limites do controle judicial	61
2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI).....	69
2.1 Atuação do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das omissões estatais em relação às políticas públicas penitenciárias.....	69
2.2 O conceito/técnica do ECI e sua aplicação pela Corte Constitucional Colombiana (CCC)	81
2.3 Condições para declaração do ECI.....	89
2.4 Ativismo judicial estrutural dialógico, democracia e separação dos poderes	95
2.5 Efeitos das sentenças estruturais no contexto do ECI	108
2.6 Indicadores para superação do ECI	112
2.7 ECI no Direito Comparado.....	119
3 POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO ECI NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	127
3.1 Condições materiais para o reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro.	127
3.2 Condições institucionais e políticas para o reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro	134
3.3 A ADPF nº 347.....	138
3.3.1 Medidas cautelares e pedidos definitivos da ADPF nº 347	147
3.4 Críticas à ADPF nº 347 e ao reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro	161
3.5 Constitucionalismo e ativismo judicial estrutural dialógico.....	167
3.6 Possibilidade de superação do ECI no sistema carcerário brasileiro a partir das medidas postuladas na ADPF nº 347	167
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	184

REFERÊNCIAS	188
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	195

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADC** – Ação Declaratória de Constitucionalidade
- ADI** – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADO** – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
- ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- CCC** – Corte Constitucional Colombiana
- CF** – Constituição Federal
- Comissão IDH** – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
- Corte IDH** – Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CNIEP** – Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais
- CNJ** – Conselho Nacional de Justiça
- Compaj** – Complexo Penitenciária Anísio Jobim
- CPI** – Comissão Parlamentar de Inquérito
- DJE** – Diário da Justiça Eletrônico
- Depen** – Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça
- ECI** – Estado de Coisas Inconstitucional
- FBSP** – Fórum Brasileiro de Segurança Pública
- ICP** – Inquérito Civil Público
- Infopen** – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
- IDDD** – Instituto de Defesa do Direito de Defesa
- LEP** – Lei de Execução Penal
- LGA** – Lei Geral do Meio Ambiente
- LGBT** – Lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros
- MI** – Mandado de Injunção
- ONP** – Oficina de Normalización Previsional
- PNAISP** – Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional
- PFDB** – Presídio Frei Damião de Bozzano
- PJALLB** – Presídio Juiz Antonio Luiz Lins de Barros
- PAMFA** – Presídio Marcelo Francisco de Araújo
- PCPA** – Presídio Central de Porto Alegre
- PUCL** – People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & Other

PAMR – Plano de Recuperação Ambiental

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

RE – Recurso Extraordinário

SEMPRI – Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões

SINESP – Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas

SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos

SMDH – Sociedade Maranhense dos Direitos Humanos

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

SU – *Sentencia de Unificación*

T – Tutela

UNIS – Unidade de Internação Socioeducativa

INTRODUÇÃO

Atualmente em diversos países, discutem-se alternativas viáveis para a solução do problema carcerário, que afeta milhares de presos confinados a uma vida indigna em presídios superlotados, com condições insalubres e violações reiteradas e sistemáticas a seus direitos fundamentais.

No Brasil, a falência do sistema prisional decorre de décadas de omissões inconstitucionais em políticas públicas penitenciárias ineficientes. Os presos, indivíduos estigmatizados, sem apoio da opinião pública, constituem-se grupo extremamente vulnerável, não existindo vontade política para defesa de seus interesses.

Em países de desenvolvimento tardio, como o nosso, em que o Poder Público é altamente demandado para elaboração de políticas públicas aptas à garantia dos direitos fundamentais, com problemas de saúde, educação, saneamento básico, moradia, desemprego, previdência social, segurança pública, entre muitos outros, os direitos dos presos não são adequadamente discutidos.

O Poder Público, as autoridades responsáveis e a própria sociedade possuem amplo conhecimento das terríveis condições às quais os presos são submetidos; contudo, a busca por melhorias nas condições de encarceramento, salvo raríssimas e festejadas exceções, é relegada a segundo plano.

Diante desse cenário de abandono estatal, como não poderiam deixar de ser, as condições prisionais, que já são calamitosas, tendem a deteriorar-se ainda mais, não é por outro motivo que os noticiários estão recheados com notícias de rebeliões, brigas entre facções, mortes entre presos e um sem número de situações críticas que assustam até o mais distraído cidadão.

A sociedade esqueceu ou desconhece seu dever de proteção aos direitos individuais dos presos; a sede de vingança social (“olho por olho, dente por dente”) faz com que a maioria dos indivíduos livres não se importe ou até deseje que o preso sofra nos presídios como forma de retribuição ao crime cometido, ignorando que as violações sofridas no cárcere, no mais das vezes, são despejadas com maior fúria contra a própria “sociedade dos homens de bem”.

O Poder Executivo descuidou-se do seu dever de elaboração e implementação de políticas públicas aptas a efetivar os direitos fundamentais dos presos. Todo o arcabouço legislativo voltado aos direitos dos presos não passa de letra de lei sem aplicação.

Sem o desenvolvimento de políticas públicas adequadas, o sistema carcerário brasileiro é um verdadeiro caos, cuja solução não será facilmente obtida, senão pelo esforço conjunto de diversos atores, Poderes e órgãos, em conjunto com a sociedade.

Diante desse quadro dramático e de difícil solução no sistema prisional, este trabalho se propôs a contribuir com um estudo sobre o novo conceito ou técnica de julgamento, originário da Corte Constitucional Colombiana (CCC), o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), como forma de ativismo judicial estrutural dialógico voltado à proteção de graves violações aos direitos fundamentais, a partir do reconhecimento de que o Estado, ao omitir-se na efetivação dos ditames constitucionais, descumprindo generalizada e sistematicamente direitos fundamentais, pode gerar uma situação grave de falhas estruturais nas políticas públicas, cuja solução não pode ser alcançada individual ou isoladamente por um dos Poderes estatais ou uma das autoridades políticas da nação, dependendo de um complexo rol de ações a serem implementadas e executadas de forma conjunta e coordenada por diversas autoridades e Poderes estatais, legitimando a atuação da Corte Constitucional na expedição de sentenças estruturais.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar de forma aprofundada o conceito do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e a forma com a qual é utilizado no direito comparado, a partir do qual buscaremos responder se existe viabilidade jurídica para o Supremo Tribunal Federal (STF) aplicar o ECI no sistema carcerário brasileiro, especialmente considerando as bases lançadas pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que expressamente requer que seja reconhecido e declarado o ECI no sistema carcerário, como forma de proteção aos direitos fundamentais dos presos e melhorias efetivas no sistema carcerário.

Como objetivos específicos, buscamos analisar a legislação vigente relacionada com a proteção aos direitos fundamentais dos presos e sua aplicação substancial sob a égide dos princípios da teoria do garantismo penal, examinando-se os dados estatísticos sobre o sistema penitenciário brasileiro e as condições oferecidas pelos presídios, como forma de identificar as violações aos direitos fundamentais dos presos e as falhas nas políticas públicas aptas às melhorias do sistema prisional, verificando-se a possibilidade de controle judicial sobre as políticas públicas e a forma de atuação do STF; analisar o conceito ou técnica de julgamento do ECI, sua aplicação pela CCC e no direito comparado, identificando-se as condições para seu reconhecimento, os efeitos das sentenças estruturais no contexto do ECI e quais os indicadores para superação do estado de inconstitucionalidades; e analisar as condições

materiais, institucionais e políticas para o reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro, da ADPF nº 347 e do ativismo judicial estrutural dialógico como forma de superação das inconstitucionalidades nas violações aos direitos fundamentais dos presos.

Definidos os objetivos, adotou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, investigando-se doutrinas clássicas e contemporâneas, além de artigos publicados em periódicos, dados estatísticos disponibilizados por órgãos oficiais e análise de decisões judiciais. Abordamos institutos de Direito Comparado dogmático, confrontando ao conceito do estado de coisas inconstitucional aplicado em diversos Estados com vistas a verificar as diferenças e semelhanças, objetivando investigar a possibilidade de sua aplicação pela Suprema Corte brasileira.

A realização deste trabalho justifica-se diante da omissão inconstitucional do Poder Público no desenvolvimento de políticas públicas penitenciárias capazes de acabar com as violações aos direitos fundamentais dos presos, tornando os presídios locais de permanência e convivência digna, ambientes salubres e higiênicos. O ativismo judicial estrutural dialógico é apresentado como forma de superação de bloqueios institucionais e políticos que inibem a possibilidade de melhorias no sistema carcerário brasileiro.

Como estrutura básica para acompanhar o desenvolvimento do trabalho, facilitar a compreensão e atingir os objetivos propostos, a dissertação foi dividida em uma introdução, três capítulos de desenvolvimento do estudo, considerações finais e referências.

Na introdução buscou-se a contextualização do trabalho com a apresentação do problema, os objetivos gerais e específicos, a metodologia utilizada e a justificativa para o seu desenvolvimento, demonstrando sua importância para o contexto social no qual estamos inseridos.

O primeiro capítulo trata da legitimidade do Estado para imposição da pena, analisada sob o prisma do pacto social e da teoria do garantismo penal. Sob a perspectiva contratualista e à luz da teoria do garantismo penal, verificamos que a legitimidade e a limitação estatais quanto ao direito de punir são assentadas na legalidade. Buscamos fundamentar que o homem cede parcela de sua liberdade dando origem ao pacto social e ao nascimento do Estado; como recompensa, usufrui da segurança da vida em sociedade, devendo submeter-se às leis estatais, que devem ser justas e proteger os cidadãos contra qualquer forma de abuso, inclusive contra qualquer abusividade praticada pelo próprio Estado. A investigação da legitimidade da aplicação da pena sob a perspectiva garantista retira do Estado Democrático de Direito o poder de punir de forma desmedida; o objetivo da

aplicação da pena é alcançar a máxima segurança proporcionando o mínimo de aflição àquele que viole as leis penais. Investigamos que um sistema de execução penal efetivamente garantista deverá determinar-se pela redução dos danos causados pela aplicação da pena privativa de liberdade, visando preservar os demais direitos fundamentais e, especialmente, a dignidade daquele que cometeu uma conduta criminosa. Abordamos o antagonismo entre a validade formal e substancial das normas penais, analisando dados estatísticos de órgãos públicos que indiquem a violação massiva aos direitos fundamentais dos presos, bem como a responsabilidade internacional do Estado nos casos de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Verificamos a necessidade de o Poder Público desenvolver políticas públicas penitenciárias eficazes e garantistas, respeitando os direitos fundamentais dos reclusos como forma de diminuição dos danos causados pela aplicação da pena e consequente diminuição do estigma do cumprimento da pena privativa de liberdade. Investigamos que os limites orçamentários e a teoria da reserva do possível não podem revestir-se de escudos contra a implementação de políticas públicas que visem efetivar os direitos sociais. Abordamos a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, legitimada como forma de garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo investiga a evolução histórica da atuação do STF, após a Constituição Federal de 1988, quanto às formas de controle da constitucionalidade das normas e políticas públicas especialmente em relação às omissões estatais em cumprir os mandamentos constitucionais. Apresentamos o conceito ou técnica de julgamento do estado de coisas inconstitucional (ECI) e a sua aplicação pela Corte Constitucional Colombiana, verificando quais são os requisitos para declaração do ECI. Abordamos os principais aspectos do ativismo judicial estrutural dialógico e suas críticas, bem como discutimos os efeitos das sentenças estruturais e os indicadores de superação do ECI. Por fim, pesquisamos o ECI no direito comparado.

O terceiro e último capítulo analisa a estrutura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que almeja a superação das falhas estruturais no sistema carcerário brasileiro por meio da declaração do ECI, postulando-se que a Corte Constitucional determine a adoção de medidas, a serem tomadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, no tratamento da questão prisional no país, com vistas ainda à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento dos presídios brasileiros.

Abordamos as condições materiais, institucionais e políticas aptas a ensejar o reconhecimento do ECI pelo Supremo Tribunal Federal. Investigamos, ainda, se a aplicação dos pedidos cautelares e definitivos da ADPF nº 347 são aptos a ensejar a superação das falhas estruturais no sistema carcerário brasileiro e a possibilidade de aplicação do ativismo judicial estrutural dialógico como forma de superação de falhas nas políticas públicas e efetividade dos direitos fundamentais dos presos.

Por fim, fazemos as considerações finais do trabalho, desde já salientando que a presente dissertação não tem a pretensão de esgotar o tema, mas se apresentar como um chamado à reflexão acerca da gravíssima situação das políticas públicas penitenciárias e da consequente crise do sistema carcerário, introduzindo o conceito do ECI como possibilidade de atuação da Corte Constitucional no combate à omissão inconstitucional legislativa e administrativa, geradoras de falhas estruturais nas políticas públicas que ocasionem violação massiva e reiterada a um número indeterminado de indivíduos.

1 LEGITIMIDADE DO ESTADO PARA IMPOSIÇÃO DA PENA

1.1 Legitimidade do Estado para imposição da pena – uma abordagem sob a perspectiva do pacto social e da teoria do garantismo penal

A natureza da pena e a legitimação para que o Estado aplique a sanção penal àqueles que violem as leis estatais é uma preocupação constante à comunidade acadêmica, sendo um tema relevante e atual, cujo objetivo é definir a forma de atuação e os limites ao direito de punir atribuído ao Estado, impedindo que a punição seja arbitrária.

A importância da investigação a respeito da fundamentação da aplicação da sanção penal é destacada por Luigi Ferrajoli:

O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito. E no que se baseia este poder não poucas vezes chamado de "pretensão punitiva" ou de "direito de punir"? Existem, e se existem, quais são as razões que tornam "justo", ou "justificável", ou "aceitável moralmente e/ou politicamente" que, à violência ilegal representada pelo delito se agregue aquela segunda violência legal que é a pena? E como justificar o exercício de uma violência organizada que assiste à uma multidão de sujeitos contra um único indivíduo? ¹

O direito de punir (*jus puniendi*) é exercido de forma privativa pelo Estado; portanto, quando um indivíduo viola a lei penal, lesando, ou expondo a perigo de lesão, bens jurídicos relevantes, tipificados como crimes, nasce a pretensão punitiva estatal.

A consequência jurídica do delito é a aplicação da sanção penal, após a demonstração da violação da lei penal, através do devido processo legal, com respeito a todos os princípios constitucionais pertinentes, tais como ampla defesa e contraditório.

Na lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características de sua soberania. [...] Quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, o dever de abster-se de realizar a conduta punível. [...] Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Somer Sica, Fauzi

liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena.²

A sanção penal divide-se em: a) pena: aplicada aos imputáveis (assim considerados os maiores de dezoito anos com plena capacidade mental, possibilitando-lhes entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo esse entendimento), cujas espécies são: privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa; b) medida de segurança, aplicada aos inimputáveis (portadores de doença mental que os tornam incapazes de entender o caráter criminoso e autodeterminarem-se no momento do crime), consistente em internação em hospital psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, e; c) medidas socioeducativas, aplicadas aos inimputáveis (menores de dezoito anos), com regramento próprio por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste capítulo, faremos um recorte visando ao exame dos fundamentos para aplicação da pena privativa de liberdade aos imputáveis, à luz da teoria do garantismo penal, tendo em vista que a investigação das outras formas de sanção penal necessita de uma análise aprofundada que escaparia ao objetivo de nossos estudos.

Feitas essas considerações, é pertinente destacar que as justificativas teóricas para a aplicação da sanção penal devem ser consideradas inseridas no contexto histórico, político, cultural e filosófico dos Estados, fundamentando a própria função do direito penal e da existência do Estado.

Muitas foram as funções atribuídas ao direito penal, de acordo com a missão relacionada ao pensamento filosófico-jurídico que o inspirou, com vista a atingir a legitimidade de atuação do Estado, e via de consequência, a efetividade que procura demonstrar como instrumento de controle social. Assim, correspondendo ao momento histórico, à ciência do direito penal reflete, na formulação de seus institutos, a orientação filosófico-jurídica e a ideologia política vigente, relacionada com a forma de Estado adotada na organização social.³

Segundo Mir Puig “no se trata, pues, de preguntar sólo por la función de "la pena", en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado.”⁴

Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, afirma que a legitimação para imposição da pena, ao longo da história, foi concebida de duas formas

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistemas de penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 35.

⁴ MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982, p. 15.

diferentes: por meio da doutrina abolicionista, que ignora qualquer justificção para a imposição da pena e para o próprio direito penal, desejando a sua eliminaçção; e através das doutrinas justificacionistas, que “justificam os custos do direito penal com objetivos, razões, ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis” e “podem ser divididas em duas grandes categorias: teorias denominadas de *absolutas* e teorias rotuladas como *relativas*.”⁵ Ainda temos as teorias mistas, ecléticas ou unificadoras das penas, que justificam a imposição da pena pelo Estado, por meio da fusão de ideias contidas nas doutrinas absolutas e relativas.

Neste trabalho não iremos investigar as características principais de cada uma das teorias mencionadas no parágrafo anterior, tendo em vista novamente que a análise aprofundada de cada uma das teorias que justificam a aplicação da pena, fugiria ao objetivo principal desta dissertação, portanto, esclarecemos que será utilizada a justificção garantista para imposição da pena, a partir dos estudos da teoria do garantismo penal.

Devemos compreender que a justificção da legitimidade para imposição da pena, sob a ótica do garantismo penal, depende da análise dos limites conferidos ao direito de punir do Estado, advindo do pacto social.

A vida humana no “estado da natureza”, embora seja dotada de ampla liberdade, faz com que o homem tenha que destinar muito de sua energia para a luta da sua própria sobrevivência, tendo em vista que sem a tutela do Estado permanece vulnerável à violência dos demais.

Portanto se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro e disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho; mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros.⁶

Essa situação de guerra perpétua entre os homens impede que haja a tranquilidade necessária para que a humanidade desenvolva suas potencialidades, gerando a necessidade dos homens cederem parcela de suas liberdades individuais, bem que toda a raça humana possuía, em prol do surgimento do Estado, como um ente soberano e organizado, capaz de fornecer segurança aos homens.

⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 200 e 204.

⁶ HOBBS, Thomas. **O leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 107.

O Estado não existe de forma natural e o homem não vive em sociedade de forma prazerosa e/ou espontânea, como a filosofia aristotélica supunha⁷, não sendo um ser político por excelência. São os sentimentos de insegurança e conflito que fazem o homem abdicar da vida solitária para viver em sociedade, sob a tutela estatal, extraindo-se da filosofia de Hobbes que o homem é um ser egoísta por natureza (“o homem é o lobo do homem”).

Portanto, o prazer (ou *deleite*) é a aparência ou sensação do bem, e o *incômodo* ou *desprazer* é a aparência ou sensação do mal. [...] Além disso, os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de intimidar a todos. Porque cada um pretende que o seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio e, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se esforça, na medida em que a tal se atreve (o que, entre os que não têm um poder comum capaz de manter a todos em respeito, vai suficientemente longe para levá-los a se destruírem uns aos outros), por arrancar dos seus contendores a atribuição de maior valor, causando-lhes dano, e de outros também, pelo exemplo.⁸

Na obra *Dos Delitos e das Penas*, Cesare Beccaria traz a discussão filosófica sobre a importância da fundamentação ética do direito de punir do Estado, adotando a concepção de Estado contratualista e expondo que foi a necessidade e não uma característica humana espontânea, que fez surgir à organização do Estado.

Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando o bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. Sendo o crescimento do gênero humano, apesar de lento e pouco considerável, muito superior aos meios de que dispunha a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e entrecruzando-se de mil modos, os primeiros homens, até então em estado selvagem, foram forçados a agrupar-se. Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si. [...] Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda a parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte

⁷ “A comunidade constituída a partir de vários povoados é a cidade definitiva, após atingir ao ponto máximo de uma auto-suficiência praticamente completa; assim, ao mesmo tempo que já tem condições para assegurar a vida de seus membros, ela passa a existir também para lhes proporcionar uma vida melhor. Toda a cidade, portanto, existe naturalmente, da mesma forma que as primeiras comunidades; aquela é o estágio final destas, pois a natureza de uma coisa é o seu estágio final (...) Estas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (...), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão”. (ARISTÓTELES, **Política**. Trad. Mário da Gama Kury, Brasília: UnB, 1989, p.15).

⁸ HOBBS, 2003, p. 51 e 109.

dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.⁹

Na lição de Salo de Carvalho:

A passagem do estado de natureza para o estado civil representaria a transferência do poder privado ao poder público, designando a saída da barbárie e a opção pela civilidade, visto que o gozo incontrolado dos direitos e privilégios da lei da natureza acabaria por lesar os direitos do outro. Na renúncia ao exercício das próprias razões, e na constituição do Estado (civil), exsurge o pensamento iluminista consagrado no consenso, sepultando o velho paradigma do medievo. O que diferencia substancialmente os dois estados é o (re)conhecimento da Lei, livremente consentida e tutelada por um sujeito que, ao abdicar das paixões, torna-se racional na resolução do conflito. O que funda o *status civitas* é a renúncia do gozo ilimitado, a imposição de limites e a sanção da violência ao outro. O custo da renúncia em fruir e dispor ilimitadamente seria minimizado/compensado pela promessa de segurança. Consagra-se, portanto, um Estado com o fim precípua de assegurar a preservação da dignidade e das propriedades do homem contra os poderes passionais ilimitados. O Estado, racionalizador imparcial do desejo de vendeta (direito natural do homem quando lesado em seus direitos), apropria-se do poder de autotutela, tomando para si o direito de punir, com escopo de assegurar a proporcionalidade na resolução da contenda.¹⁰

Com fundamento nos estudos do pacto social, o Estado surge por meio do consenso dos homens em ceder parte de sua liberdade individual e formar um organismo soberano e pacificador, com a missão de gerar tranquilidade e segurança; mas, para garantir sua missão pacificadora, o Estado possui um atributo intimidador, utilizando-se da parcela de liberdade que os homens lhe cederam para determinar regras pelas quais os homens se sujeitarão e deverão obedecer, sob pena de punição. Assim, o Estado, que nasce para pacificar a convivência entre os homens, também traz em si o direito de punir aquele que transgride alguma de suas regras.

O pacto social, portanto, conferiu legitimidade para o surgimento do ente estatal, mas tal fato não basta para alcançarmos o real fundamento ético do direito de punir do Estado, sendo necessário investigarmos sob quais condições se alicerça a obrigação de uma pessoa cumprir os deveres impostos pelo Estado, sob pena de punição, e ao mesmo tempo legitima a ação estatal que pune o indivíduo.

⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 30-32.

Beccaria afirma que “as leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra”¹¹

A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.¹²

Segundo Beccaria, as vantagens da sociedade devem ser igualmente repartidas entre todos os seus membros, e protegidas contra o abuso estatal, afirmando que esses objetivos somente poderão ser alcançados por meio de boas e sábias leis, que reflitam o espírito do maior bem-estar para a maioria.¹³

Desta forma, o pacto social proporciona direitos e deveres recíprocos entre o Estado e os cidadãos. O homem cede parcela de sua liberdade ao Estado, como recompensa usufrui da segurança da vida em sociedade, devendo submeter-se às leis estatais, que devem ser justas e proteger os cidadãos contra qualquer forma de abuso, inclusive contra qualquer abusividade praticada pelo próprio Estado.

O direito de punir não é mais exercido de forma privada pelos indivíduos através da autotutela, sendo transferido ao Estado, que, como vimos, não o exerce de forma ilimitada, havendo restrição por meio do respeito às leis, que por sua vez deverão respeitar as porções de liberdades individuais dos homens. Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior liberdade que o soberano propiciar aos súditos.¹⁴

Com base na teoria contratualista, Salo de Carvalho relaciona o direito de punir do Estado à teoria do garantismo penal, limitando o direito de punir sob o aspecto de respeito às leis substancialmente consideradas, visando à proporcionalidade na resolução dos conflitos.

O Estado, racionalizador imparcial do desejo de vendeta (direito natural do homem quando lesado em seus direitos), apropria-se do poder de autotutela, tomando para si o direito de punir, com escopo de assegurar a

¹¹ BECCARIA, 2002., p. 18-19.

¹² Ibid., p. 20.

¹³ Ibid., p. 20-21.

¹⁴ Ibid., p. 19-20.

proporcionalidade na resolução da contenda. A perspectiva contratualista, portanto, fornece o solo fértil ao pensamento garantista, visto que assentada na limitação dos poderes pela legalidade: a tutela dos direitos do homem contra os poderes privados com a negação do estado de natureza e a opção pelo estado civil; a proteção dos direitos do cidadão contra o abuso dos poderes públicos, desde uma perspectiva limitadora do exercício da violência estatal.¹⁵

No momento em que o indivíduo viola uma lei estabelecida pelo Estado, implicitamente ele viola o pacto social, advindo dessa ruptura o fundamento do direito de punir, possibilitando que o Estado atue de forma coerciva para impor o cumprimento da obrigação legal.

[...] o pacto se constitui como instrumento de deveres e de direitos recíprocos. Ao poder do soberano de regular a sociedade com suas leis corresponde o dever de garantir a 'segurança' dos bens. Ao dever de obediência às leis por parte do cidadão corresponde o direito de exigir as garantias pactuadas. [...] O consenso limita o poder estatal, vinculando-o ao princípio da legalidade e garantindo ao cidadão direitos supra-estatais. Nesses termos, a violação dos direitos do cidadão por parte de outrem permite ao Estado a punição legítima. De outra parte, a violação desses mesmos direitos por parte de um dos três poderes constituídos (exercício além do direito que configura a tirania) deslegitima a entidade garantidora, nascendo novos direitos e obrigações sob pena de retorno ao estado de natureza.¹⁶

Von Liszt assevera que a pena é a principal e legítima consequência da prática de um crime, definindo que:

A pena é o mal, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delito. A pena é um mal que o delinquente sofre, é lesão de bens, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem jurídica que os protege.¹⁷

A pena, conceitualmente, pode ser definida como um castigo, um mal aplicado em decorrência da prática de uma conduta criminoso, aplicável sempre que se comprove que um indivíduo tenha rompido com o pacto social; contudo, considerarmos a pena como sendo um castigo ao crime cometido não significa identificar o castigo ou mal da pena com a função da pena, ou seja, com o objetivo que se quer ver alcançado a partir da imposição da pena, que será investigado neste trabalho a partir da teoria do garantismo penal.

¹⁵ CARVALHO, 2008, p. 32.

¹⁶ Ibid., p. 33-34.

¹⁷ VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça. Ed. fac-similar, 2006, p. 400.

O autor italiano Luigi Ferrajoli desenvolveu na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* as bases para a definição do termo “garantismo” abrangendo três concepções distintas, quais sejam: a) um modelo normativo de direito; b) uma teoria jurídica onde vigência e validade apresentam-se como categorias jurídicas diversas; c) uma filosofia política que exige do Direito e do Estado justificção externa.

Nos dizeres de Ferrajoli:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. [...] Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. [...] Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificção externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.¹⁸

Considerando que o garantismo penal abrange um modelo normativo de direito, ou seja, o exercício do *jus puniendi* pelo Estado somente poderá ocorrer com fundamento no princípio da estrita legalidade, no que se refere à execução da pena, podemos afirmar que nosso ordenamento jurídico dispõe de um modelo normativo de direito.

Em um Estado Democrático de Direito, tal como determina nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, deve existir respeito aos direitos e garantias fundamentais. Não basta apenas haver previsão legal a respeito de direitos fundamentais, mas sim que o Estado efetive

¹⁸ FERRAJOLI, 2002, p. 685-685.

mecanismos de garantias aos direitos fundamentais reconhecidos, legitimando a execução do poder estatal em face ao cidadão.

[...] sendo a democracia modo de exercício do poder, é processo, o que significa que a técnica pela qual o poder, advindo da vontade popular, é exercido, deve coadunar-se aos procedimentos preestabelecidos mediante leis elaboradas por representantes eleitos, isto é, deve obedecer ao princípio da legalidade na execução do poder, pelo que o ato de autoridade tem validade segundo sua conformação legal, o que liga toda a execução da lei à origem, que é a vontade popular. [...] Enfim, é o Estado Democrático de Direito que se apresenta como organização político-estatal possibilitadora de uma legalidade legítima, que se funda nos direitos fundamentais criados soberanamente pelo próprio povo, destinatário e coautor da ordem jurídica. É nesse Estado que a autonomia política atua contra a arbitrariedade de um poder mediante sua domesticação pelo jurídico.¹⁹

Segundo Marco Aurélio Souza da Silva:

Em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, a observação dos direitos fundamentais constitui um dever dos agentes públicos e das instituições fiscalizadoras, que também têm contribuído significativamente com a omissão, o descaso e a ineficiência de suas atuações.²⁰

Na concepção de Estado de Direito, trazida por Luigi Ferrajoli como sinônimo de garantismo, resta claro a necessidade ao respeito das leis vigentes, bem como dos direitos fundamentais.

"Estado de direito" é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a ideia, que remonta a Platão e Aristóteles, do "governo das leis" contraposto ao "governo dos homens", a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas. [...] O termo "estado de direito" é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de "garantismo". Designa, por esse motivo, não simplesmente um "Estado legal" ou "regulado pelas leis", mas um modelo de Estado nascido

¹⁹ DIAZ, Elias. **Legalidad** - legitimidade en el Socialismo Democrático. Espanha: Editorial Civitas S.A., 1978, p. 120.

²⁰ SILVA, Marco Aurélio Souza da. Política pública carcerária: uma institucionalizada violação de direitos fundamentais impulsionada pela criminalização das drogas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Rio Grande do Sul, v. 9, n. 2, 2014. p. 233- 262. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/13018/pdf#.Vnb2bF51wRg>> Acesso em: 20 set. 2015, p. 234.

com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes [...]. b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.²¹

Segundo Ferrajoli:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, organizada por muitos contra um.²²

A aplicação da pena, para não ser forma de exercício de vingança e violência contra o cidadão, respeitando-se o pacto social, deve ser pautada pela legalidade e respeito aos direitos individuais, visando à prevenção da ocorrência dos delitos e consequente prevenção da necessidade de aplicação dos castigos, protegendo a sociedade e os indivíduos nela inseridos.

Prevenção dos delitos e prevenção dos castigos conformaria o modelo garantista do direito penal como negação da guerra e proteção do mais fraco. A centralidade da pessoa em seus direitos fundamentais é recuperada pela dupla função penalógica, legitimando sua ‘necessidade política’ e os critérios de limitação dos delitos e dos castigos.²³

Ferrajoli defende em sua obra que apenas por meio do direito penal mínimo poderá ser justificada a aplicação da pena, diferenciando-o do direito penal máximo, que entende ilegítimo.

[...] não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. [...] Por isso, o primeiro modelo pode ser identificado como o modelo do *Estado de direito*,

²¹ FERRAJOLI, 2002, p. 687-688.

²² Ibid., p. 310.

²³ CARVALHO, 2008, p. 148.

entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). Estes últimos, ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprios do *Estado absoluto ou totalitário*, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou "totais", quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições. Denomino a estes dois extremos "direito penal mínimo" e "direito penal máximo", referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas.²⁴

Um sistema penal legítimo e efetivamente garantista, justificando a aplicação da pena pelo Estado, deverá pautar-se pela racionalidade, não permitindo a punição do indivíduo de forma incerta ou indeterminada. A legitimidade estatal para aplicação da pena possui como pressuposto a previsibilidade e a certeza para aplicação da pena.²⁵

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias. Podemos dissipar, assim, o equívoco de uma "certeza" ou "verdade" mística que seria perseguida pelo garantismo cognitivista. A certeza, ainda que não absoluta, a que aspira um sistema penal de tipo garantista não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos *todos* os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos *somente* aqueles nos quais se tenha comprovado a culpabilidade por sua comissão. Em todo o caso, ambas as "certezas" são subjetivas e relativas, afetando "verdades" igualmente opinativas e prováveis. Sua diferença está apenas nos critérios opostos de sua obtenção. A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*.²⁶

Luiz Regis Prado destaca que:

O *minimalismo* penal preconizado por Ferrajoli não se confunde com o *abolicionismo* penal, no sentido de se extinguir o sistema penal como um todo – normas e sanções penais. Destarte, não seria legítimo prescindir-se do Direito Penal, que representa, em primeira instância, uma evolução das

²⁴ FERRAJOLI, 2002, p. 83.

²⁵ *Ibid.*, p. 84.

²⁶ *Ibid.*, p. 84-85.

sociedades humanas: o fim da violência da *vingança privada* e, conseqüentemente, a separação entre Direito e Moral.²⁷

Na esteira do direito penal mínimo e adotando conceitos trazidos pela teoria de justificação utilitarista da pena, Ferrajoli entende que a aplicação da pena deve trazer em si o objetivo de alcançar a máxima segurança proporcionando o mínimo de aflição àquele que viole as leis penais.²⁸

[...] o utilitarismo não é, todavia, uma condição por si só suficiente para fundar, no plano teórico, sistemas garantistas de direito penal mínimo. Em que coisa consistem as utilidades trazidas e os danos prevenidos pelo direito penal? Quais são os sujeitos a cuja utilidade nos referimos? É da resposta a estas perguntas que dependem os contornos garantistas das concepções utilitaristas da pena.²⁹

Em relação à teoria utilitarista como legitimação da pena, Ferrajoli contrapõe a existência de versões do utilitarismo de natureza autoritária, que apenas justificam os interesses do Estado e versões de natureza contratualista e iluminista, que almejam o bem dos governados ao invés de proteger os dos interesses dos governantes. Ferrajoli assim explica:

Existe uma primeira versão do utilitarismo, de natureza indiscutivelmente autoritária e solidária com modelos de direito penal máximo, que é aquela *ex parte principis*, quer refira-se ele, realisticamente, à utilidade dos governantes, como na célebre definição de justiça sustentada por Trasímaco no primeiro livro da República de Platão, quer, ao invés, diga respeito, idealmente, à utilidade do Estado, concebido como sujeito político autônomo e acima da sociedade. [...] Obviamente, tais doutrinas, vez que inspiradas na máxima de que "os fins justificam os meios", são, por princípio, antitéticas ao modelo do Estado de direito enquanto sistema de poder disciplinado e limitado pelas regras do jogo que formam o "meio" direito, sendo idôneas a justificar sistemas de direito penal ilimitado, de caráter substancialista e inquisitório, especialmente no que tange aos delitos políticos que turbem em qualquer modo os interesses políticos do Estado e o exercício do poder de governo. De outra parte é um utilitarismo *ex parti populi* que marca a filosofia penal de origem contratualista e iluminista, e que tem como ponto de referência o bem-estar e a utilidade não mais dos governantes mas, sim, dos governados. "As leis", escreve Condorcet, "são feitas para a utilidade dos cidadãos, que a elas devem obediência, e não daqueles encarregados de fazer com que estas sejam respeitadas". É claro que somente este utilitarismo expressa um ponto de vista externo ao sistema jurídico, e tem, portanto, condições de fundar, juntamente com a separação axiológica entre direito e moral [...], modelos de direito penal mínimo e garantista. Todavia, mesmo este tipo de utilitarismo é uma doutrina ambivalente. Com efeito, podemos logicamente distinguir-lhe duas versões, dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à *máxima utilidade possível* garantida à *maioria*

²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65

²⁸ FERRAJOLI, 2002, p. 210.

²⁹ *Ibid.*, p. 210.

*formada pelos não desviantes; uma segunda é aquela que a equivale ao mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviantes.*³⁰

A segurança social, visando a “máxima utilidade possível” da aplicação da pena, igualmente não possui legitimidade para sustentar um modelo de direito penal mínimo, pois não limita o direito de punir do Estado. Desta forma, somente a versão do utilitarismo que apenas justifica a imposição da pena que proporciona o “mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviantes”, tal como acima exposto “é uma doutrina sobre os limites do direito penal, consentindo-lhe, pois, a justificação somente se suas intervenções forem limitadas ao mínimo necessário.”³¹

Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança social, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais antigarantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais persuasivas e não liberais. Obviamente, o utilitarismo, se concebido neste sentido, não é garantia, de modo algum, diante do arbítrio potestativo, ao passo que se a finalidade é, também, aquela do mínimo sofrimento necessário na prevenção de males futuros, justificar-se-ão somente os meios mínimos, vale dizer, o mínimo das proibições, o mínimo das penas e um mínimo de verdade judiciária, tal como se garante, segundo um esquema epistemológico já traçado, através de rígidas regras processuais.³²

A investigação da legitimidade da aplicação da pena sob a perspectiva garantista retira do Estado Democrático de Direito o poder de punir de forma desmedida, exercido como uma nefasta forma de vingança pública, bem como não legitima a aplicação da pena com a finalidade de transformar a personalidade do indivíduo, tolhendo sua liberdade de consciência e vontade para autodeterminar-se.

A utilização do aparelho penal de controle social para determinar (lei penal), valorar (processo) e transformar (pena) personalidades consideradas perigosas (*outsiders*) conforma um projeto político-criminal antidemocrático, tendente à profilaxia social, típico de sistemas totalitários.³³

Um sistema de execução penal efetivamente garantista deverá determinar-se pela redução dos danos causados pela aplicação da pena privativa de liberdade, visando preservar

³⁰ FERRAJOLI, 2002, p. 210-211.

³¹ *Ibid.*, p. 211.

³² *Ibid.*, loc. cit.

³³ CARVALHO, 2008, p. 138.

os demais direitos fundamentais e, especialmente, a dignidade daquele que cometeu uma conduta criminosa.

Todas as pessoas, independente de terem incorrido em sanção penal, preservam e devem ter asseguradas condições de dignidade. O garantismo penal é, pois, um instrumento de salvaguarda de todos, desviantes ou não, visto que, em sendo estereótipo de racionalidade, tem como escopo minimizar a(s) violência(s) (públicas e/ou privadas). [...] Reduzir dor e sofrimento (redução de danos) seria o único motivo de justificação da pena nas atuais condições em que é exercida, principalmente nos países periféricos.³⁴

Ferrajoli ao discorrer sobre a justificação para aplicação da pena privativa de liberdade afirma que:

Excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, "não perverta o réu": quer dizer, que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho - não obrigatório, senão facultativo - juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão - os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. - não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos.³⁵

Na visão de Salo de Carvalho, a partir da adoção das concepções trazidas pela teoria do garantismo penal:

Constata-se, pois, uma interação entre a crítica marginal e o modelo garantidor na redefinição das doutrinas penalógicas. Não mais uma teoria justificante do 'direito de punir', mas uma teoria normativa sobre os limites e condições de legitimidade da pena fundadas em fins específicos: diminuição de dor e sofrimento causados pela aplicação da pena; reconhecimento da pena na esfera política; e tutela do polo débil da relação contra qualquer tipo de vingança emotiva e desproporcional, seja pública ou privada.³⁶

Por todo o exposto, podemos afirmar à luz da teoria do garantismo penal, que a pena somente justificável a partir do ideal de minimização dos danos causados àquele ao qual foi

³⁴ CARVALHO, 2008, p. 94 e 142.

³⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 319.

³⁶ CARVALHO, op. cit., p. 143.

imposta, extraindo-se que “ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.”³⁷

1.2 Análise da Lei de Execução Penal sob a perspectiva da Teoria do Garantismo Penal

No item anterior, investigamos a legitimidade do Estado para aplicação da pena e, a partir de uma justificção garantista, consignou-se a necessidade de a pena proporcionar o máximo de segurança e o mínimo de aflição ao indivíduo.

Feitas essas considerações apriorísticas sobre a legitimidade do Estado para imposição da pena, é mister analisar em quais aspectos o sistema prisional brasileiro viola os direitos fundamentais, deixando de executar a aplicação da pena sob a égide dos princípios da teoria do garantismo penal.

O Estado exerce o direito de punir, e para tanto, por meio do Poder Legislativo, em obediência ao princípio da legalidade, elabora as leis penais, processuais penais e de execução penal e, por meio do Poder Judiciário, norteado pelo devido processo legal, concretiza a aplicação da sanção penal. Contudo, durante a execução da pena, o Poder Público não poderá agir com desprezo aos direitos e garantias fundamentais dos reclusos, sob pena de ofensa à Constituição Federal, bem como à teoria do garantismo penal, devendo, a partir da imposição da pena, causar o mínimo de dano possível ao apenado.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIX e a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP) asseguram aos presos o exercício de todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, incluindo o respeito à integridade física e moral, visando garantir a dignidade do preso. A Lei de Execução Penal, em seus dispositivos legais, garante ao preso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa, bem como assistência ao egresso.³⁸

³⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 272.

³⁸ Notamos que o artigo 10 da Lei de Execução Penal prevê que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, por sua vez em seu parágrafo único, há previsão da assistência ao egresso. Os incisos do mencionado artigo 10 da LEP determinam que a assistência a ser prestada ao recluso e ao egresso é material (alimentação, vestuário, instalações prisionais dignas), à saúde, jurídica, educacional (escolar e profissional), social (amparo ao recluso e egresso, visando o exercício da cidadania) e religiosa. O artigo 25 da LEP prevê que a assistência ao egresso consiste na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses, cujo prazo poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Prevê em seu artigo 28 que o trabalho do condenado, é um dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva.

O capítulo IV do título II da LEP trata de forma minuciosa dos deveres, dos direitos e da disciplina carcerária.

Por sua vez, o capítulo I do título IV dispõe a respeito das condições que estabelecimentos penais devem oferecer aos reclusos, prevendo as regras de funcionamento e acomodação nas penitenciárias (destinadas àqueles que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado), nas colônias penais agrícolas, industriais ou similares (destinadas àqueles que cumprem pena privativa de liberdade em regime semiaberto) e nas casas do albergado (destinadas àqueles que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto).

O título V da LEP contém as regras legais pertinentes à forma de execução das penas, regulamentando-se os benefícios a serem concedidos durante o período de enclausuramento, especialmente visando à integração social do recluso, tais como as autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária), remição penal, livramento condicional, além da existência da progressão de regime, prevista no Código Penal e na Lei dos Crimes Hediondos.

O artigo 80 da Lei de Execuções Penais prevê a participação da sociedade junto aos presídios, por meio do Conselho da Comunidade, órgão composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

O título IV da Lei de Execução Penal estabelece as regras que devem ser seguidas pelos Estabelecimentos Penais, destinados ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. Empregando a necessária atenção aos dispositivos legais, constata-se que há formalmente garantia aos direitos individuais, decorrentes da obediência aos ditames constitucionais e aos diplomas internacionais sobre o direito do preso ratificados pelo Brasil.

No artigo 80 § 1º da Lei de Execuções Penais há expressa previsão legal de que a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal, determinando que os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as encarceradas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 83 contém a previsão de que o estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva aos condenados, com instalação de salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante, por sua vez o artigo 85 da LEP preconiza que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

O artigo 89 da LEP assegura que a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Portanto, não se pode olvidar que a Lei de Execuções Penais contempla dispositivos legais modernos e que se coadunam com a teoria do garantismo penal, assegurando um sistema normativo penal racional, legítimo e justo para a execução da pena privativa de liberdade. O grande problema é encontrado no segundo significado do termo garantismo desenvolvido por Luigi Ferrajoli, haja vista que há uma acentuada discrepância entre o sistema legal e a sua operacionalização prática.

Luiz Fábio Silva Paiva afirma que “a consolidação da democracia no Brasil tem enfrentado uma série de problemas relacionados ao reconhecimento de direitos estabelecidos em leis, mas não cumpridos na prática.”³⁹

O desrespeito aos direitos fundamentais é causa de insatisfações e dissenso, vez que, não recebendo qualquer vantagem por abrir mão de parte da sua liberdade em prol da coletividade, o indivíduo não enxerga razões para continuar obedecendo ao pacto social.⁴⁰

A execução da pena no Brasil, especialmente no que tange as penas privativas de liberdade, objeto do presente estudo, é um caminho tortuoso e repleto de obstáculos, que culmina em inúmeras violações aos direitos fundamentais dos encarcerados, caracterizando a ineficiência do Estado em garantir as condições mínimas de dignidade necessárias ao cumprimento da pena.

Contrariamente, o que acontece é que o sistema carcerário é tão precário (presos doentes, sem assistência médica, hospitalar, péssima alimentação,

³⁹ PAIVA, Luiz Fábio Silva. À Espera de Respostas: Reflexões sobre o Trabalho da Justiça Criminal. **Revista Dilemas**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 49-82, 2009. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas4Art2.pdf>> Acesso em: 17 set. 2015, p.49.

⁴⁰ ARANÃO, Adriano. Estado democrático de direito, criminalidade e violência: o desrespeito aos direitos fundamentais e o papel da educação. **Revista Argumenta**, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 215-231, fev. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/105/105>. Acesso em: 02 dez. 2015.

sem higiene alguma, em locais insalubres, dormindo mal, sem assistência ou defesa judiciária, entre outros), que conduz a revolta dos apenados, bem como, a assimilação de novas “técnicas” de crimes, pelos presos primários e de menor periculosidade.⁴¹

Abordando a teoria do garantismo penal sob a ótica do “ser” e do “dever ser” ou em termos menos abstratos, sobre como as coisas são e as coisas como devem ser, as normas que regulamentam a execução penal no Brasil, embora possuam legitimidade e validade em confronto com a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito, respeitando os direitos e garantias fundamentais do recluso, não são efetivas, fato que impede nosso sistema prisional de atuar de forma garantista, legítima e justa.

A argumentação sustentada por Ferrajoli ao discorrer sobre o sistema italiano pode ser verificada ao analisarmos o sistema brasileiro de execução da pena privativa de liberdade:

Tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tout court*, de *graus* de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. Diremos, por exemplo, que o grau de garantismo do sistema penal italiano é decididamente elevado caso se considerem os seus princípios constitucionais, enquanto é posto em níveis baixíssimos, caso se considere a sua prática efetiva. E mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de *garantias* – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.⁴²

A falta de efetividade no cumprimento das normas garantistas de execução penal em vigor conduz a conclusão de que o sistema prisional pátrio possui um baixíssimo grau garantista, não “passando de um pedaço de papel”, como bem define Ferrajoli.⁴³

Para validade das normas penais, segundo a concepção garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli, não basta simplesmente estar em vigor, ou seja, satisfazer a validade formal, mas ser substancialmente válida, ou seja, respeitar os fundamentos constitucionais, especialmente efetivando os direitos fundamentais.

⁴¹ MARCON, Danieli Cristina. A democracia e a realidade da execução penal brasileira. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 10, p. 199-214, 2009. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/134/134>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁴² FERRAJOLI, 2002, p. 684.

⁴³ O Estado viola de forma sistemática os direitos fundamentais dos reclusos, havendo completa falência do sistema prisional tal como atualmente se apresenta, com abuso do direito de punir por parte do Estado, que causa danos aos reclusos maiores que o próprio cumprimento da pena privativa de liberdade, deslegitimando a justificação para aplicação da pena, além de torná-la extremamente penosa e injustamente aflitiva ao recluso.

Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam as formas e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, seu significado. Sejam as condições formais suficientes para que uma norma esteja vigente, sejam substanciais necessárias para que esteja válida, estão estabelecidas pelas normas jurídicas que lhes disciplinam a produção em nível normativo superior.⁴⁴

O antagonismo entre a validade formal e substancial das normas penais brasileiras é uma constante violação aos direitos fundamentais ao longo da história do sistema prisional, tal como se comprova pela afirmação extraída da obra *Comentários ao Código Penal*, de Nelson Hungria, datada de 1959:

Infelizmente o nosso sistema de medida de segurança não passou ainda (...) de legislação de fachada. À parte dos superlotados manicômios judiciários, na sua maioria, instalados no tempo do código anterior, inexistem qualquer dos estabelecimentos reclamados pela nova diretriz de prevenção contra a delinquência.⁴⁵

Segregar do convívio social, por um determinado período de tempo, aqueles que cometem delitos, parece ser realmente a única preocupação do Estado, da mesma forma que o era em tempos medievais, sem qualquer preocupação com o respeito aos direitos e garantias que a própria legislação estatal consagra.

[...] Hoje em dia, aparentemente, continua sendo esta privação da liberdade, a única pena que se impõe aos delinquentes, mas de fato não é assim. Ao enviá-los às nossas prisões, na realidade se lhes está submetendo a penas corporais tão duras e adjetas como as medievais.⁴⁶

O papel desempenhado pelo Estado no sistema prisional, ignorando a validade da própria legislação em vigor, concebida segundo os primados de um Estado Democrático de Direito, não difere dos cidadãos que agem em desacordo com a legislação e, portanto, ambos são causadores de atos ilícitos.

O Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do justo processo,

⁴⁴ FERRAJOLI, 2002, p. 701.

⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 717-718.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos De. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008 (Coleção Ciências Criminais, v.5), p. 488.

assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões.⁴⁷

O fundamento de validade do próprio direito penal, calcado em princípios republicanos é a defesa dos bens jurídicos relevantes, visando que, através do devido processo legal e respeito aos demais princípios constitucionais, como ampla defesa, contraditório, presunção da inocência, aquele que cometeu determinada conduta prevista em lei incriminadora como reprovável seja punido, com o objetivo de restabelecer a paz social. Contudo, o Estado ao negar efetividade às normas, por ele próprio elaboradas, que asseguram os direitos fundamentais dos reclusos, rompe a expectativa da sociedade de restabelecimento da paz.

Segundo sustenta Sérgio Cademartori, para aplicação da teoria garantista é necessário “um Estado minimizador das restrições das liberdades dos cidadãos dentro de um Estado Social maximizador das expectativas sociais, com correlatos deveres, do próprio Estado, de satisfazer tais necessidades”.⁴⁸

Os objetivos do sistema penal não estão sendo alcançados em todo mundo, apesar dos avanços tecnológicos mais sofisticados. A administração do regime penitenciário, para a execução da pena privativa de liberdade (prisão), desvia-se cada vez mais das metas idealizadas. Assim, apesar das legislações estabelecerem propostas de reabilitação do preso, não passam elas, geralmente, de mitos que compõem a enorme lista de declarações retóricas, sem muito sentido de eficácia. Pelo contrário, tais ficções acabam, devido a sua inaplicabilidade prática, por produzir os fenômenos da estigmatização carcerária e da reincidência que compõem o drama trágico e as consequências da vida na prisão.⁴⁹

Não há qualquer racionalidade e cumprimento das expectativas sociais em um sistema prisional que desafora a finalidade do próprio direito penal, ineficiente no restabelecimento da paz social, ao contrário, desencadeador de revoltas sociais inspiradas no tratamento degradante dirigido ao apenado, não garantindo a eficácia dos direitos fundamentais, dentre eles à própria dignidade do preso, que rotulado desta forma imprime uma falsa concepção que se dissocia da sua condição de pessoa.

Fundamental, portanto, avaliar a idoneidade dos instrumentos de garantia estabelecidos pela LEP para efetivação dos direitos dos presos contra os poderes irracionais. Sobretudo porque existe um consenso no Brasil que

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo Constitucional em Marcha**. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 48.

⁴⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁴⁹ GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. **A Prisão e a Condição Humana do Recluso**. Revista Argumenta. Jacarezinho, n. 15, p.131-161, 2011. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/202/201>> Acesso em: 18 set. 2015. p.132.

entende que o problema da execução penal é meramente administrativo, isto é, se fossem cumpridos pelo Estado-administração os preceitos da LEP, estariam resguardados em sua plenitude os direitos ao apartado. Refuta-se liminarmente esta hipótese. Logicamente que não se está a negar o fato de que, em se tratando da assistência material ao preso (estatuto social positivo do apenado), esta afirmação é verossímil. Questiona-se a falácia politicista na qual incorrem os juristas ao direcionarem suas críticas exclusivamente ao Estado-administração, eximindo sua responsabilidade. Entende-se, pois, que o sistema jurisdicional criado pela LEP não é ótimo, mas falho, não merecendo leituras apologéticas apressadas e inconsequentes. No entanto, apesar das falhas, cabe ressaltar que existem instrumentos a serem utilizados pelo operador jurídico capazes de garantir um mínimo de dignidade ao preso. Contudo, este tipo de posicionamento somente poderá ser tomado no momento em que a Constituição for entendida como rígido instrumento de (des)legitimação das normas ordinárias.⁵⁰

É imprescindível que o Estado, em uma perspectiva garantista, desenvolva mecanismos coercitivos voltados a validar substancialmente as normas penais e de execução penal, possibilitando que o sistema penal cumpra sua finalidade de promover a paz social, restabelecendo a ordem, causando à pessoa privada da liberdade tão somente a restrição a direitos inerentes à extensão da sentença penal condenatória. Não se pode deslembrar que mantém o preso a dignidade inerente a todo e qualquer ser humano, que implica em suas irrenunciáveis liberdades públicas contra excessos do Estado e em prestações positivas em seu favor, asseguradas pelo direito positivo, ao invés de segregar provisoriamente aqueles que cometem delitos e, posteriormente, ao final do cumprimento da pena, devolvê-los à sociedade após vilipendiar direitos fundamentais, tratando-os de forma indigna, aumentando a estigmatização e o ódio, cuja consequência não pode ser outra, senão a perpetuação da violência.⁵¹

1.3 As condições oferecidas pelos presídios – exame de dados estatísticos sobre o sistema carcerário brasileiro

A realidade do sistema prisional brasileiro é oposta ao ideal proposto pela Lei de Execução Penal, com um cenário de violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos encarcerados. As condições oferecidas pelos presídios demonstram a existência de violações

⁵⁰ CARVALHO, 2008, p.154-155.

⁵¹ À luz da teoria do garantismo penal, na perspectiva desenvolvida por Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, percebemos que nosso sistema penal possui leis formalmente garantistas, mas substancialmente não protegem os direitos fundamentais dos reclusos, devendo existir uma ruptura de paradigma com as atuais políticas públicas criminais, com o objetivo de desenvolvimento de um sistema penal substancialmente garantista.

rotineiras aos direitos fundamentais do recluso e “faz pensar que a prisão se encontra efetivamente em crise”.⁵²

Gilberto Giacóia e Denise Hammerschmidt afirmam que “el panorama actual es trágico, acusándose un déficit de vacantes asustador. Muchos condenados cumplen pena en establecimientos impropios y la prisión preventiva es aún practicada sin moderación.”⁵³

Visando fundamentar a existência e dimensão da crise instalada nos presídios brasileiros, examinaremos dados estatísticos disponibilizados em relação ao sistema carcerário, especialmente investigando os dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça, por meio do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen), através do relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - junho de 2014⁵⁴, do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁵⁵, do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, disponibilizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)⁵⁶, do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro⁵⁷ e do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas (SINESP)⁵⁸.

Cabe destacar a existência de sérias dificuldades no levantamento dos dados sobre o sistema carcerário, diante da resistência de diversos gestores de unidades prisionais em

⁵² BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. Causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.164. As estatísticas sobre o sistema penitenciário brasileiro demonstram uma realidade trágica que perpassa o déficit de vagas, o negligenciamento nas unidades prisionais quanto à construção de celas específicas para idosos e para pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros – LGBT, bem como em relação à acessibilidade de pessoas deficientes. Somam-se às deficiências estruturais dos presídios um ambiente propício à disseminação de doenças, ante as precárias condições de saúde oferecidas nas unidades prisionais, que igualmente não contam com a estrutura adequada para acesso do recluso à assistência social, psicológica e jurídica.

⁵³ GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. **La Cárcel en España, Portugal y Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 78.

⁵⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório mensal do cadastro de inspeções nos estabelecimentos penais (CNIEP)**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁵⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. 2015. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf. Acesso em: 29 out. 2016.

⁵⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão parlamentar de inquérito do sistema carcerário: CPI sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁵⁸ BRASIL. Sistema Nacional De Informações De Segurança Pública. **Sistema nacional de informações de segurança pública, prisionais e sobre drogas**. Disponível em: <https://www.sinesp.gov.br/>. Acesso em: 20 ago. 2016.

colaborar com o acesso às informações do sistema prisional⁵⁹, não obstante, a investigação sobre os dados acerca do sistema carcerário contribui para dimensionarmos a gravidade das violações aos direitos fundamentais dos reclusos, além de ser indicativo para responsabilização da má gestão e melhorias das políticas públicas destinadas ao sistema carcerário, que poderão ser monitoradas e avaliadas.

Embora existam investimentos em segurança pública⁶⁰, informações sobre população prisional, coletadas através do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça⁶¹, demonstram que existem atualmente 2.770 estabelecimentos penais no Brasil, com o total de 392.340 vagas, ocupadas por 647.410 presos (desse total, 242.932 são presos provisórios), com um déficit de vagas no montante de 255.070.⁶²

Imaginar que a solução para o problema carcerário no Brasil seria a construção de novas unidades prisionais, conseqüentemente aumentando as vagas oferecidas, é tratar o assunto sem profundidade necessária, ainda mais a partir da interpretação dos dados obtidos através do relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen)⁶³ – entre os anos 2000 e 2014 o número de vagas do sistema prisional quase triplicou (passando de 135.710 no ano 2000 para 376.669 em 2014); não obstante, no mesmo período, o déficit de vagas mais do que dobrou (97.045 vagas deficitárias no ano 2000, aumentando-se para 231.062 o déficit de vagas em 2014).

Os dados atualizados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça não demonstram uma perspectiva animadora, pois, em que pese o aumento da disponibilização de vagas no sistema carcerário (contando em 2016 com 392.340 vagas), o déficit mantém acentuada curva de crescimento (em 2016 estava no patamar de 255.070). Comparativamente,

⁵⁹ Um exemplo da dificuldade no levantamento de dados e conseqüente existência de lacunas que impossibilitam uma ampla visão do sistema carcerário brasileiro é a ausência da apresentação dos dados penitenciários do Estado de São Paulo, responsável pela custódia de mais de um terço da população carcerária e que não respondeu aos questionamentos do levantamento de dados realizado pelo Ministério da Justiça. (BRASIL, 2014, p. 9).

⁶⁰ Conforme consta do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito, destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, “em 2013, por exemplo, o governo investiu R\$ 4,2 bilhões, mas persiste a intranquilidade.” (BRASIL, 2009, p. 18).

⁶¹ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁶² A discussão sobre o problema do hiperencarceramento nos presídios brasileiros, abordada especialmente no capítulo 2 deste trabalho, com a análise dos fundamentos trazidos pela ADPF nº 347 para reconhecimento da existência do ECI no sistema prisional, não pode deixar de abordar a gravíssima banalização do instituto da prisão provisória, analisando os dados disponibilizados pelo CNJ, o déficit de vagas no sistema carcerário, retirando-se o número de presos provisórios, seria drasticamente reduzido, do montante de 255.070 para 12.138 vagas.

⁶³ BRASIL, 2014, p. 23.

para um aumento de 19.671 vagas no sistema penitenciário desde 2014, houve um aumento de 24.008 do déficit carcerário em vagas, dado este que não pode ser ignorado.

De acordo com a análise apresentada pelo relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen), “caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.”⁶⁴

Apenas 9% das unidades prisionais possuem celas específicas para estrangeiros e para indígenas, e por volta de 15% dos estabelecimentos têm celas específicas para idosos e para pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros – LGBT. Em relação à adaptação das unidades prisionais visando à acessibilidade de pessoas deficientes, verificou-se a existência de módulos, alas ou células acessíveis somente em 6% das unidades.⁶⁵

A despreocupação na adaptação dos espaços das unidades prisionais para o acolhimento de grupos específicos com necessidades especiais é mais um fator que demonstra a fragilidade dos direitos individuais no interior das prisões, especialmente em relação aos reclusos que fazem parte de grupos em situação de maior vulnerabilidade.

A disseminação de doenças no ambiente da superpopulação carcerária brasileira é facilmente explicada por meio das condições de saúde oferecidas pelo sistema carcerário ou, mais precisamente, pelo seu negligenciamento.

Os dados obtidos junto ao Departamento Penitenciário demonstram que apenas 37% das unidades prisionais no Brasil tem módulo de saúde. Segundo o artigo 14 da Lei de Execução Penal, quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento, fato que ocorre na maioria das unidades prisionais.⁶⁶

Apenas no ano de 2014 foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), com a inserção formal da população prisional na cobertura do Sistema Único de Saúde (SUS).⁶⁷

⁶⁴ BRASIL, 2014, p. 16.

⁶⁵ Ibid., p. 35-36.

⁶⁶ Ibid., p. 103. Entre as unidades femininas, a porcentagem é maior: 52% dessas unidades têm módulo de saúde. Nas unidades mistas, esse percentual chega a 42%; e nas masculinas, a 34%.

⁶⁷ Conforme levantamento obtido junto ao Portal da Saúde, “o Brasil conta com 18 estados qualificados ao Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, onde são desenvolvidas ações de saúde em unidades prisionais, conforme diretrizes do SUS e regulamentação da Portaria Interministerial n.º 1.777/2003. São eles: Acre, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Tocantins.” Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/567-sas-raiz/dapes/saude-no-sistema-prisional/14-saude-no-sistema-prisional/10548-estados-qualificados-pnssp>. Acesso em: 20 ago. 2016. Desta forma, percebemos que mesmo havendo a criação da Política Nacional de Atenção

Os dados obtidos por meio do relatório do Departamento Penitenciário identificaram 2.864 pessoas portadoras do vírus HIV no sistema carcerário. Segundo o levantamento, esse total representa 1,21% do total de presos nas unidades que informaram o dado, o que equivale a uma taxa de incidência de 1.215,5 pessoas soropositivas para cada cem mil presos, proporção sessenta vezes maior que a taxa da população soropositiva brasileira total, de 20,476. A taxa de pessoas presas com tuberculose é de 940,9, ao passo que na população total é de 24,4, frequência 38 vezes menor.⁶⁸

Em relação à assistência social ao preso, constata-se que aproximadamente 62% das unidades prisionais possuem sala destinada a este fim, sendo que 23% têm sala exclusiva, e em 39% dos estabelecimentos a sala é compartilhada com outro(s) serviço(s). Além das deficiências quanto à estrutura física, existe falta de profissionais para atender a população carcerária, haja vista que apenas 39% das unidades informaram ter assistentes sociais em atividade. Seis em cada dez unidades com sala apresentam profissionais da área. Ademais, 5% das unidades que não têm sala para serviço social, possuem assistentes sociais.⁶⁹

Por volta de 56% das unidades prisionais possuem sala para atendimento psicológico. Desse total, apenas 35% têm sala exclusiva para esse fim. Quatro em cada dez das unidades com infraestrutura para atendimento psicológico não têm profissionais da área em exercício.⁷⁰

Quanto à assistência jurídica, 76% das unidades prisionais dispõem de local para atendimento jurídico gratuito. Entretanto, em apenas 22% a sala é exclusiva para este tipo de atendimento. Cerca de uma em cada quatro unidades prisionais do país não tem prestação sistemática de assistência jurídica gratuita.⁷¹

Aproximadamente um terço dos estabelecimentos prisionais (37%) tem local específico para visitação social dos familiares do recluso. Entre as unidades adaptadas, três em cada quatro estabelecimentos (75%) não têm local específico para visitação. Entre as demais unidades, em 42% dos estabelecimentos há local destinado a esse fim. Nos estabelecimentos femininos, mais da metade (53%) tem local específico para visitação,

Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional no ano de 2014, mais de dois anos depois, permanecem estados brasileiros nos quais a população carcerária possui acesso limitado ao Sistema Único de Saúde, claramente violando-se direitos fundamentais básicos do preso.

⁶⁸ BRASIL, 2014, p. 114.

⁶⁹ Ibid., p. 94 e 96.

⁷⁰ Ibid., p. 98.

⁷¹ Ibid., p. 100-101.

enquanto apenas 36% das unidades masculinas e 34% das mistas contam com espaço específico destinado a esse fim.⁷²

Cerca de 31% dos estabelecimentos prisionais têm local específico para visita íntima. Entre os estabelecimentos femininos, essa porcentagem sobe para 38%.⁷³

Em relação à assistência educacional, que, segundo a Lei de Execução Penal, compreenderá a instrução escolar e a formação profissional da pessoa privada de liberdade, devendo o ensino fundamental ser obrigatório, somente uma em cada dez pessoas privadas de liberdade realiza atividade educacional no país. Das pessoas realizando atividade de ensino básico, a maior parcela (61%) cursa o ensino fundamental.⁷⁴

Segundo o levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário, existem 58.414 pessoas privadas de liberdade que trabalham no país, sem contabilizar os dados de São Paulo. Em junho de 2013, São Paulo informou ter 48.028 pessoas presas trabalhando. Mantidos esses dados, teríamos um total de 106.636 pessoas trabalhando. Apenas 16% da população prisional do país trabalha. Entre as pessoas que trabalham, apenas três em cada dez, aproximadamente, exercem atividade fora do estabelecimento prisional. Por volta de 34% das pessoas em atividades laborais estão trabalhando em vagas obtidas por meios próprios, sem intervenção do sistema prisional, e 34% estão trabalhando em apoio ao próprio estabelecimento, em atividades como limpeza e alimentação. Em pouco mais de um terço dos casos, houve a articulação da administração com a iniciativa privada, com outros órgãos públicos ou com entidades filantrópicas para disponibilizar a vaga.⁷⁵

Após a análise dos dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça e documentos recebidos por alguns governos estaduais, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro afirma “esses dados, por si sós, já demonstram que o Sistema Carcerário Brasileiro clama por melhorias urgentes, sem as quais entrará, certamente, em colapso”.⁷⁶

⁷² BRASIL, 2014, p. 88.

⁷³ Ibid., p. 89.

⁷⁴ Ibid., p. 116-117 e p. 125. Ressalva-se que o próprio relatório destaca que os dados relacionados à atividade educacional no país apresentam inconsistências em razão de várias unidades prisionais não responderem de forma adequada ao questionário apresentado.

⁷⁵ Ibid., p. 127-129.

⁷⁶ BRASIL, 2009, p. 8 e p. 12.

1.4 A responsabilidade internacional do Brasil em relação à proteção aos direitos fundamentais dos presos

Referente à proteção aos presos no plano internacional, consignamos que o Brasil ratificou diversos tratados internacionais que tratam a respeito dos direitos mínimos dos presos, incorporando-os ao ordenamento pátrio, tais como: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, conforme investigamos no presente trabalho, persistem as violações aos direitos dos reclusos, gerando, inclusive, responsabilidade internacional do Brasil e condenações pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) devido a estas violações.⁷⁷

Las referidas deficiencias en el sector penitenciario brasileño son internacionalmente conocidas, como también las arbitrariedades practicadas en el interior de las cárceles, llevando la Amnistía Internacional a presentar un documento titulado Más allá de la Ley, un retrato de la violencia generalizada y la tortura por la policía, ya sea civil o militar.⁷⁸

Valério de Oliveira Mazzuoli define a responsabilidade internacional do Estado, como sendo:

[...] o instituto jurídico que visa responsabilizar uma potência soberana pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao direito internacional perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu.⁷⁹

A responsabilidade internacional do Estado fundamenta-se no ideal de justiça, vinculando os Estados a cumprirem as obrigações assumidas internacionalmente, agindo com boa-fé, visando principalmente “coagir psicologicamente os Estados a fim de que eles não deixem de cumprir com os seus compromissos internacionais (finalidade preventiva)” e

⁷⁷ Consignamos que não apenas em relação a condições indignas e insalubres em estabelecimentos penitenciários, o Brasil foi denunciado perante a Corte IDH, existindo casos de violações aos direitos fundamentais envolvendo crianças e adolescentes privados de liberdade, tais como o *Caso das crianças e adolescentes privadas de liberdade no Complexo do Tatuapé da Fundação CASA e o Caso da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS)*, localizada em Cariacica, Espírito Santo, em ambas as situações o Brasil sofreu imposição de medidas da Corte IDH visando melhorias no cumprimento das medidas socioeducativas. VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. **O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos: de Maria Da Penha à Belo Monte**. In: Justiça de transição nas américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. José Carlos Moreira da Silva Filho e Marcelo Torelly (orgs.). Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 30-31.

⁷⁸ GIACÓIA; HAMMERSCHMIDT, 2012. p. 78.

⁷⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 29.

também “atribuir àquele Estado que sofreu um prejuízo, em decorrência de um ato ilícito cometido por outro, uma justa e devida reparação (finalidade repressiva)”.⁸⁰

Em relação à proteção dos direitos humanos, tem-se entendido que os Estados têm a obrigação de controlar os seus órgãos e agentes internos a fim de evitar violações às obrigações contraídas em sede convencional, sob pena de responsabilidade internacional, o que contribui para dar mais efetividade (*effet utile*) aos tratados de proteção dos direitos humanos e aos seus propósitos. Nesse sentido, têm fundamental importância as instâncias internacionais de direitos humanos, especialmente os órgãos *jurisdicionais* internacionais de caráter regional (tais como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos).⁸¹

O Brasil, em 1992, ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, aceitando a jurisdição obrigatória da Corte IDH em 1998.

Para a proteção e monitoramento dos direitos que estabelece, a Convenção Americana vem integrada por dois órgãos: a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* [...] Cabe à Comissão Interamericana proceder ao juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas, e à Corte Interamericana julgar a ação eventualmente proposta pela Comissão.⁸²

A Convenção Americana prevê um sistema coadjuvante ou complementar de proteção aos direitos humanos, significando que os Estados permanecem com a competência primária para proteção aos direitos humanos das pessoas submetidas à sua jurisdição, desta forma, a violação aos direitos humanos somente será apreciada pelo sistema interamericano nos casos em que o Estado não atue de forma suficiente para preservação dos direitos humanos previstos.⁸³

A vítima de uma violação estatal pode peticionar à *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (que tem sede em Washington, Estados Unidos). A Comissão, após certo procedimento interno (e se o Estado já tiver aceitado a competência contenciosa da Corte Interamericana), demanda o Estado em causa perante a Corte (que tem sede em San José, Costa Rica). A Comissão ingressa com verdadeira *ação de responsabilidade*

⁸⁰ MAZZUOLI, 2014, p. 29-30.

⁸¹ Ibid, p. 32.

⁸² Ibid, p. 96.

⁸³ “Portanto, o sistema protetivo previsto pela Convenção deve somente operar *depois* de se dar oportunidade de agir ao Estado. Apenas em caso de inação deste – ou em caso de proteção aquém da que deveria ocorrer, em desacordo com o sistema protetivo convencional – é que então terá lugar a proteção prevista pela Convenção”. (MAZZUOLI, 2014, p. 94).

contra o Estado autor da violação de direitos humanos, nos moldes das ações propostas no Judiciário interno segundo as regras do processo civil.⁸⁴

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) possui legitimidade para expedição de medidas cautelares de proteção, previstas no artigo 25 do Regulamento da Comissão. Mazzuoli esclarece que a medida cautelar é um mecanismo, com caráter obrigatório, que:

[...] é manejado em situações de gravidade e urgência, quando a Comissão Interamericana, por iniciativa própria ou a pedido, requer que o Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo. A Comissão pode solicitar medidas cautelares independentemente de qualquer petição ou caso pendente (Art. 25.2 Regulamento da CIDH). Em relação à tramitação das medidas cautelares, estas possuem trâmite bastante informal. À semelhança das denúncias feitas no sistema de casos do SIDH, qualquer pessoa ou grupo de pessoas pode apresentar um pedido perante a Comissão Interamericana. O mecanismo visa garantir que as pessoas em risco iminente sejam efetivamente protegidas de graves violações de direitos humanos, independentemente da capacidade de argumentação jurídica de quem veicula o pedido.⁸⁵

A Corte IDH possui competência consultiva, interpretando os preceitos da Convenção e dos tratados sobre direitos humanos nos Estados Americanos, e, competência contenciosa, com caráter jurisdicional, julgando Estados-partes na Convenção que violarem direitos humanos e tenham reconhecido de forma expressa a sua jurisdição, proferindo sentenças de cumprimento obrigatório (não apenas recomendações).⁸⁶

Existe também a possibilidade de a Corte autorizar “medidas provisórias” nos assuntos de que estiver conhecendo, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas; se se tratar de assuntos que ainda não estejam submetidos ao seu conhecimento, poderá a Corte conceder tais medidas a pedido da Comissão (art. 63, § 2.º).

No que concerne as “medidas provisórias”:

No Direito Internacional dos Direitos Humanos as medidas provisórias têm um caráter não só cautelar, no sentido de que preservam uma situação jurídica, mas fundamentalmente tutelar, porquanto protegem direitos humanos, na medida em que buscam evitar danos irreparáveis às pessoas. A ordem de adotar medidas é aplicável sempre que se reúnam os requisitos básicos de extrema gravidade e urgência e da prevenção de danos irreparáveis às pessoas. Desta maneira, as medidas provisórias se

⁸⁴ MAZZUOLI, 2014, p. 35

⁸⁵ AMORETTI, Juliana et al. Alerta nos presídios: medidas de urgência outorgadas ao Estado brasileiro pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **ARACÊ: Direitos Humanos em Revista**, ano 3, n.4, fev. 2016, p.80.

⁸⁶ MAZZUOLI, 2014, p. 97.

transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo.⁸⁷

Feitas essas considerações sobre a responsabilidade internacional do Estado e a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte IDH pelo Estado brasileiro, passaremos a analisar os casos de violações de direitos fundamentais dos presos que foram denunciados perante a Corte Internacional, ante a ineficiência do Brasil em proteger de forma adequada os direitos dos reclusos.

O primeiro caso de violações aos direitos fundamentais dos presos analisados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi relacionado com a Casa de Detenção José Mário Alves, situada em Porto Velho, Rondônia, mais conhecido como Presídio Urso Branco, diante da situação de superlotação, rebeliões e mortes de detentos.⁸⁸

Em 5 de março de 2002, as organizações da sociedade civil Justiça Global e Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho apresentaram à Comissão Interamericana pedido de medidas cautelares para proteção da vida e da integridade física dos detentos no Presídio Urso Branco, que foram outorgadas em 14 de março de 2002 pela CIDH. Com a fundamentação de inadequação das medidas adotadas pelo Estado, a CIDH acionou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitando a adoção de medidas provisórias. Além do pedido de medida cautelar, as organizações petionárias encaminharam, ainda, à CIDH, petição contra o Estado brasileiro.⁸⁹

Entre os anos de 2002 e 2011, a Corte IDH expediu dez medidas provisórias visando melhorias nas condições vivenciadas pelos reclusos no Presídio Urso Branco.⁹⁰

Visando especificamente ao levantamento das “medidas provisórias” ordenadas pela Corte, um pacto foi firmado entre a União (Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Secretaria de Direitos Humanos, Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e Ministério

⁸⁷ RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 14 DE NOVEMBRO DE 2014. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 07 fev. 2017. p.7.

“A Corte pontua que, quando as medidas cautelares adotadas pela Comissão não produzem os efeitos de proteção esperados, e, ainda, quando o governo não articule as medidas adequadas de proteção, restam constituídas as ‘circunstâncias excepcionais’ que fazem necessário ordenar medidas urgentes e vinculantes – ou medidas provisórias – para evitar danos irreparáveis às pessoas.” (AMORETTI, et. al., 2016, p. 82).

⁸⁸ Segundo Deisy Ventura e Raísa Ortiz Cetra (2013, p.29), em uma das rebeliões ocorridas em 2004, o presídio que possuía capacidade para abrigar 350 presos contava com 1.300, sendo completamente destruído durante a rebelião.

⁸⁹ AMORETTI et al., 2016, p. 91.

⁹⁰ No ano de 2008, o Estado de Rondônia decretou Estado de Emergência no Sistema Prisional, determinando: artigo 2º do Decreto nº 13866, de 16 de outubro de 2008: I - a instituição de Força-Tarefa com vista ao enfrentamento dos encargos necessários para elaboração de projetos, construções, reformas e outros serviços e aquisições necessárias para adequar a habitabilidade, salubridade e segurança dos estabelecimentos prisionais, bem como contratação de pessoal; e II - priorização de todos os procedimentos administrativos tendentes ao atendimento dos objetivos elencados no inciso anterior. (VENTURA; CETRA, 2013, p.29).

das Relações Exteriores), o Governo do Estado de Rondônia, e o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário estaduais, tendo a *Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho* e a organização *Justiça Global* (peticionárias junto ao SIDH) como intervenientes responsáveis pelo monitoramento da implementação de suas cláusulas.⁹¹

Com efeito, o Estado brasileiro, por meio Pacto para Melhoria do Sistema Prisional do Estado de Rondônia e Levantamento das Medidas Provisórias Outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou o compromisso internacional dividido em cinco eixos, a ser implementado e monitorado pelas partes, mediante acompanhamento da Comissão Interamericana, com a finalidade de promover:

I. Infraestrutura (ampliação de vagas e melhorias na estrutura física dos presídios e cadeias públicas); II. Dimensionamento e Qualificação do Quadro de Pessoal (medidas para a contratação e formação de agentes e servidores administrativos, incluindo ações de qualificação do atendimento ao apenado); III. Apuração dos Fatos e Responsabilização (determinação de prazos para conclusão dos inquéritos e dos julgamentos dos envolvidos no caso Urso Branco, implantação de Centro de Apoio à Execução Penal, no âmbito do Ministério Público, dentre outras ações com o escopo de apurar, responsabilizar e evitar novos episódios atentatórios aos direitos humanos); IV. Aperfeiçoamento dos Serviços, Mobilização e Inclusão Social (ações relacionadas à celeridade para resposta às demandas da população carcerária e de seus familiares, bem como incremento das medidas de ressocialização); e V. Medidas de Combate à Cultura de Violência (ações concretas para a criação e consolidação de mecanismos de combate e prevenção à violência, aos maus tratos e à tortura no sistema prisional).

Diante da celebração do pacto em 25 de agosto de 2011, a Corte IDH levantou as medidas provisórias incidentes sobre o Presídio Urso Branco, permanecendo-se a obrigação do Estado brasileiro de efetivar as medidas firmadas no compromisso.

Ocorre que a União e o Estado de Rondônia não implementaram as medidas determinadas pelo pacto. Diante de tal situação, em junho de 2016, o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal ajuizaram ação para cumprimento de obrigação de fazer, com pedido liminar, contra a União e o Estado de Rondônia, que tramita perante a 2ª Vara da Justiça Federal em Rondônia, sob o número 0006374-27.2016.4.01.4100, em razão do descumprimento de medidas assumidas no pacto.⁹²

Além do Presídio Urso Branco, foi submetido ao julgamento da Corte IDH, no ano de 2006, o caso das pessoas privadas de liberdade na penitenciária Dr. Sebastião Martins

⁹¹ VENTURA; CETRA, 2013, p. 29.

⁹² Consulta processual disponível em:

<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00063742720164014100&secao=RO&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 07 fev. 2017.

Silveira, localizada em Araraquara, São Paulo, devido à superlotação e violência.⁹³ Foram emitidas três resoluções pela Corte, havendo o arquivamento do caso em 2008, em razão do reconhecimento pela Corte IDH de que o Estado brasileiro adotou as medidas necessárias para prover condições de detenção compatíveis com uma vida digna.⁹⁴

No caso das pessoas privadas de Liberdade no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA),⁹⁵ Rio Grande do Sul, a CIDH, no ano de 2013, determinou medidas cautelares visando salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do PCPA, bem como as condições de higiene no recinto e tratamentos médicos adequados e recuperação do controle de segurança em todas as áreas do PCPA, seguindo as recomendações internacionais de direitos humanos.

Para fins de cumprimento das medidas cautelares, entre outras ações, a Superintendência dos Serviços Penitenciários da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, com apoio do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, apresentou cronograma de ampliação de vagas a partir da construção de novas unidades prisionais. A construção dos novos pavilhões no Estado do Rio Grande do Sul está sob monitoramento federal. Sobre o cumprimento das cautelares na CIDH, assinala-se que mortes não esclarecidas, mortes violentas e homicídios no interior do PCPA constituem fatores de possível outorga futura de medidas provisórias na Corte.⁹⁶

No ano de 2014 o Brasil novamente foi denunciado junto à Corte IDH devido a violações aos direitos fundamentais dos presos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado na cidade de São Luís, Estado do Maranhão⁹⁷.

A Corte IDH determinou que o Estado brasileiro adotasse todas as medidas necessárias para proteger os presos, agentes penitenciários, funcionários e visitantes, devendo manter os representantes dos presos informados sobre as medidas adotadas e a informar a

⁹³ RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 25 DE NOVEMBRO DE 2008. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira”, em Araraquara, São Paulo. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_05_por.pdf. Acesso em: 06 fev. 2017.

⁹⁴ VENTURA; CETRA, 2013, p. 30.

⁹⁵ O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro considera o Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) o pior presídio do país. (BRASIL, 2009, p. 42).

⁹⁶ AMORETTI et al., 2016, p. 85-86.

⁹⁷ Anteriormente, no ano de 2013 a Sociedade Maranhense dos Direitos Humanos (SMDH) e a Seccional do Maranhão da Ordem dos Advogados do Brasil haviam apresentado pedido de medidas cautelares junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contudo, “a CIDH decidiu acionar o mecanismo de medidas provisórias da Corte IDH, ao entender que, mesmo com a adoção de medidas cautelares, a situação de extrema violência no interior do presídio apresentou redução, como havia alcançado um nível crítico”. (AMORETTI et al., 2016, p. 90).

Corte IDH a cada três meses, através de relatório, sobre o cumprimento das medidas determinadas pela Corte Internacional.⁹⁸

Para solucionar a crise penitenciária que acometeu o sistema penitenciário estadual, os governos federal e estadual acordaram o Plano de Pacificação das Prisões em São Luís, o qual foi dividido em dois eixos, Segurança e Direitos Humanos, considerados complementares e interdependentes. O Eixo Direitos Humanos concentra ações focadas no atendimento aos detentos nas áreas de saúde e assistência legal gratuita, e principalmente, na superação da superlotação carcerária, por meio da construção e ampliação de unidades prisionais e da aplicação de alternativas penais. Já o Eixo Segurança está centrado na prevenção e combate a crises de segurança e ações violentas que podem atentar contra a vida e a integridade pessoal dos detentos.⁹⁹

Por fim, ainda em 2014 a Corte IDH acolheu denúncia quanto ao Complexo Penitenciário de Curado (que compreende o Presídio Juiz Antonio Luiz Lins de Barros (PJALLB), Presídio Marcelo Francisco de Araújo (PAMFA) e Presídio Frei Damião de Bozzano (PFDB), todas com funcionamento independente, originados do desmembramento da estrutura física que consistia no antigo Presídio Professor Aníbal Bruno)¹⁰⁰, localizado na cidade de Recife, Estado de Pernambuco, determinando que o Brasil adotasse medidas provisórias, tais como procedimentos para proteger de forma eficaz a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade abrigadas no complexo penitenciário, bem como qualquer pessoa que se encontre nesse estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes.¹⁰¹

Foram estabelecidas medidas de curto prazo a fim de: a) elaborar e implementar um plano de emergência em relação à atenção médica, em particular aos reclusos portadores de doenças contagiosas e tomar medidas para evitar a propagação dessas doenças; b) elaborar e implementar um plano de urgência para reduzir a situação de superlotação e superpopulação; c) eliminar a presença de armas de qualquer tipo dentro do Complexo; d) assegurar as condições de segurança e de respeito à vida e à integridade pessoal de todos os internos,

⁹⁸ RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 14 DE NOVEMBRO DE 2014. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁹⁹ AMORETTI et al., 2016, p. 90.

¹⁰⁰ No ano de 2011, a CIDH expediu medidas cautelares em relação ao Presídio Professor Aníbal Bruno (PE), contudo, “por não apresentarem grau de cumprimento satisfatório, permanecendo a urgência, a gravidade e a possibilidade de dano irreparável, foram levadas à Corte pela CIDH, tornando-se medidas provisórias” (AMORETTI et al., 2016, p. 81).

¹⁰¹ RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE MAIO DE 2014. **Medidas provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf. Acesso em: 07 fev. 2017.

funcionários e visitantes do Complexo; e) eliminar a prática de revistas humilhantes que afetam a intimidade e a dignidade dos visitantes.¹⁰²

No que tange ao cumprimento por parte do Estado brasileiro das medidas provisórias outorgadas, destaca-se o modelo de coordenação entre os entes federados. O Complexo do Curado é administrado pelo Governo do Estado de Pernambuco. No âmbito federal, o Ministério da Justiça, o Ministério da Saúde, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e o Ministério das Relações Exteriores têm atuado em parceria com o governo estadual para articular um conjunto de ações no sistema prisional de Pernambuco, a fim de atender as determinações da Corte. Nesse contexto, o governo federal realiza visitas periódicas para pactuar ações e inspecionar o complexo prisional. Além da articulação existente entre os governos federal e estadual, o Ministério Público Federal também atua acompanhando as ações do Estado brasileiro, desde a concessão das medidas cautelares pela CIDH, por meio de Inquérito Civil Público (ICP). Em outubro de 2013, no marco do ICP, criou-se o *Fórum Permanente para o Acompanhamento das Medidas Cautelares outorgadas pela Comissão Interamericana ao Complexo Prisional do Curado* (antigo Professor Aníbal Bruno). Esse mesmo fórum acompanha atualmente o cumprimento das medidas provisórias outorgadas pela Corte IDH.¹⁰³

O diálogo promovido pelo Fórum Permanente entre o Poder Público e a sociedade civil (especialmente os representantes dos beneficiários, Justiça Global, Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões – SEMPRI, Pastoral Carcerária e Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard) proporcionou a elaboração em conjunto do Plano de Trabalho de Cumprimento das Medidas Provisórias, prevendo ações para cada uma das medidas provisórias impostas pela Corte IDH, com estabelecimento de prazos e responsáveis pela sua execução, sob monitoramento dos participantes do Fórum.¹⁰⁴

Até o fechamento deste trabalho, esses foram os casos nos quais o Brasil foi denunciado perante a Corte IDH, contudo, destacamos que o mês de janeiro do ano de 2017 foi marcado por violentas rebeliões em presídios brasileiros, retratando a falência do sistema penitenciário brasileiro por meio dos massacres ocorridos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, Amazonas, resultando em pelo menos 67 (sessenta e sete) mortes, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, Boa Vista, Roraima, contabilizando 33

¹⁰² RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE MAIO DE 2014. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf. Acesso em: 07 fev. 2017.

¹⁰³ AMORETTI et al., 2016, p. 88.

¹⁰⁴ Ibid., p. 88-89.

(trinta e três) mortes, na Penitenciária de Alcaçuz, Nísia Floresta, Rio Grande do Norte, ocasionando pelo menos 26 (vinte e seis) mortes.¹⁰⁵

1.5 A necessidade de políticas públicas que garantam aos reclusos o acesso aos direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal

A partir das investigações realizadas neste trabalho, percebemos que as leis em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da teoria garantista sob a perspectiva desenvolvida por Luigi Ferrajoli, possuem validade formal, mas não são válidas substancialmente, posto que a operacionalização prática do sistema penal desrespeita de forma sistemática os direitos fundamentais dos reclusos.

A violação aos direitos fundamentais dos reclusos desrespeita o pacto social, fazendo com que a pena cause danos ilegítimos, haja vista que não há respeito por parte do Estado, das próprias leis em vigor, destinadas à proteção dos direitos individuais dos presos, que privados da dignidade, retornam ao convívio social, após o cumprimento da pena, com mais estigma e revolta, devolvendo à sociedade a violência sofrida durante o período vivenciado em uma instituição total.

Para que as leis penais, processuais penais e principalmente relacionadas à execução penal possuam validade substancial, respeitando os direitos fundamentais do recluso, há necessidade de efetivas políticas criminais voltadas ao controle da violência e das condições indignas dos presídios brasileiros.

[...] a política criminal determina a missão, os conteúdos e o alcance dos institutos jurídico-penais, bem como a aplicação prática do direito penal aos casos concretos. São as opções da política criminal que decidem sobre a incriminação ou não de determinadas condutas, considerando-se a vantagem social da qualificação, bem como quem deve ser responsabilizado. 106
É através da política criminal que se via assegurada a forma mais eficaz possível para que o Direito Penal cumprisse sua tarefa de proteção à sociedade, fixando-se nas causas do delito, comprovando a eficácia das sanções empregadas pelo Direito Penal e ponderando limites até onde pode o legislador estender o Direito Penal, preservando o mais possível o âmbito de liberdade dos cidadãos.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>. Acesso em: 08 fev. 2017.

¹⁰⁶ ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 27, jul./set., 2002, p. 78.

¹⁰⁷ GOMES, Décio Luiz Alonso. **Política Criminal Brasileira e o Papel do Ministério Público**. In: Ministério Público e Políticas Públicas, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, v.1, p. 24.

Sergio Salomão Shecaira afirma que a política criminal é a “disciplina que estuda as estratégias estatais para a atuação preventiva da criminalidade, e que tem por finalidade estabelecer a ponte eficaz entre a criminologia, enquanto ciência empírica, e o direito penal, enquanto ciência axiológica”.¹⁰⁸

Nilo Batista apresenta a política criminal da seguinte forma:

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal.¹⁰⁹

O Estado deve desenvolver políticas públicas penitenciárias especialmente no que tange ao respeito aos direitos e garantias fundamentais dos reclusos como forma de diminuição dos danos causados pela aplicação da pena e conseqüente diminuição do estigma do cumprimento da pena privativa de liberdade, diminuindo as conseqüências do cumprimento da pena em uma instituição total.¹¹⁰

Inicialmente, devemos esclarecer que a política criminal baseada na teoria garantista nos termos propostos por Luigi Ferrajoli, desde a produção legislativa deve preocupar-se em tornar o direito penal a *ultima ratio*, buscando uma intervenção estatal mínima, limitando o poder punitivo estatal e maximizando as garantias penais e processuais penais, somente aplicando-se sanções penais em casos graves e necessários, especialmente em se tratando da pena de prisão.

Ya se señaló, por lo tanto, que, desde el siglo XIX, cuando la prisión se ha convertido en respuesta *penalógica* principal, se creía que ella podía rehabilitar al delincuente. Sin embargo, hoy, ya no se tienen muchas esperanzas en los resultados socializadores de la prisión tradicional. Por tal

¹⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Política Criminal: a experiência Brasileira**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvin August de (Orgs.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 325.

¹⁰⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹¹⁰ Não resta qualquer dúvida de que muitos são os desafios para implementação das políticas públicas criminais garantistas, posto que existem graves violações aos direitos fundamentais dos reclusos no sistema penitenciário brasileiro, sendo este fator determinante para o aumento dos índices de reincidência criminosa e violência ao qual a sociedade está submetida.

razón se ha caminado en el estudio de medidas alternativas, reservando el instrumento penal solo para los casos de necesidad social absoluta.¹¹¹

A teoria garantista na obra elaborada por Ferrajoli é baseada nos seguintes princípios que deverão orientar a intervenção estatal mínima, visando determinar um sistema normativo penal racional, legítimo e justo.

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionabilidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.¹¹²

Desta forma, a política criminal garantista deverá ser voltada à intervenção do Estado em atenção ao princípio da necessidade ou da economia do direito penal, minimizando a repressão penal.

Conforme já ressaltamos, nossa Constituição Federal possui viés garantista, haja vista que consagra os princípios propostos por Ferrajoli e prevê os direitos fundamentais aos reclusos. Ocorre que nosso sistema prisional desrespeita de forma sistemática os direitos fundamentais dos reclusos, não aplicando os princípios constitucionais e as disposições legais sobre a forma de execução da pena.

Infelizmente nossa Constituição já supera os 15 anos de vigência e continua sendo (no recorte anteriormente definido) uma ilustre desconhecida em muitas delegacias, foros e tribunais brasileiros, incluindo, obviamente, alguns péssimos exemplos dados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Diariamente nos deparamos, desde a tribuna, nas audiências, nas delegacias, com um certo desprezo quando é invocada a violação deste ou daquele dispositivo constitucional. Não raras vezes, presenciamos suspiros de enfado, de ironia até, quando citado o art. 5º da Constituição. É impressionante como é comum ouvirmos comentários do estilo: lá vêm eles com o discurso da Constituição, invocando novamente os tais direitos fundamentais, vamos deixar a Constituição para lá...não é bem isso que ela quis dizer...¹¹³

¹¹¹ GIACÓIA; HAMMERSCHMIDT, 2012, p. 98.

¹¹² FERRAJOLI, 2002, p. 75.

¹¹³ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44.

Não basta a produção legislativa, com a criação de leis penais formalmente garantistas, para resolver o problema da criminalidade, é necessário que o Estado estabeleça políticas públicas penitenciárias, que minimizem o dano causado pela pena, nos estritos limites da proteção e segurança social, permitindo que as leis que regulam a execução penal sejam substancialmente cumpridas pelo Poder Público.

Contudo, conforme investigamos no presente trabalho, nos estabelecimentos prisionais existem violações à direitos fundamentais de forma constante e reiterada. Lóic Wacquant afirma que:

[...] os estabelecimentos carcerários do Brasil padecem de doenças que lembram os calabouços feudais. Seus prédios são tipicamente decrepitos e insalubres, com concreto desmoronando por toda parte, pintura descascando, encanamento deficiente e instalações elétricas defeituosas, com água de esgoto correndo pelo chão ou caindo pelas paredes – o fedor dos dejetos era tão forte na cadeia “modelo” de Lemos de Brito (Rio de Janeiro) na primavera de 2001 que um dos bens mais apreciados pelos presos era o desinfetante perfumado que borrifavam em suas celas na tentativa de combater a sufocante pestilência. A extrema ruína física e a grotesca superlotação criam condições de vida abomináveis e uma situação catastrófica em termos de higiene, diante da total falta de espaço, ar, luz, água e muitas vezes comida.¹¹⁴

Segundo César Barros Leal:

De fato, como falar em respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias, onde os alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens; onde permanecem sendo utilizadas, ao arrepio da proibição expressa da Lei nº 7.210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos sem banho de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento médico e odontológico são precários e a violência sexual atinge níveis desassossegantes? Como falar, insistimos, em integridade física e moral em prisões onde a oferta de trabalho inexistente ou é absolutamente insuficiente; onde presos são obrigados a assumirem a paternidade de crimes que não cometeram, por imposição dos mais fortes.¹¹⁵

Não apenas durante o cumprimento da pena há desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, a inexistência de políticas públicas destinadas aos indivíduos que cumpriram suas penas, ou seja, os egressos do sistema prisional embasa a seguinte afirmação de Bauman:

¹¹⁴ WACQUANT, Lóic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 208.

¹¹⁵ LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma Era**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 89.

“uma vez rejeitado, sempre rejeitado. Para um ex-presidiário sob condicional ou *sursis*, retornar à sociedade é quase impossível, mas é quase certo retornar à prisão”.¹¹⁶

Entendemos que o desenvolvimento de uma política pública penitenciária eficaz e garantista deverá atuar em três frentes: a) aplicação dos direitos e garantias fundamentais àqueles que estão cumprindo a pena privativa de liberdade, cumprindo-se de forma efetiva as regras previstas na Lei de Execução Penal; b) políticas públicas destinadas a conscientizar a população a respeito dos direitos fundamentais do preso e do egresso; c) políticas públicas inclusivas, visando reinserir o egresso na sociedade, visando à redução da reincidência criminosa, por meio da prevenção da violência, tais como políticas voltadas à capacitação profissional e educacional.

As políticas públicas deverão atuar sob as três vertentes acima expostas, buscando não apenas a melhoria nas condições de dignidade e salubridade dos estabelecimentos prisionais, mas igualmente objetivar a redução da estigmatização social trazida pelo cumprimento da pena, e a inclusão do egresso no convívio social.

Em relação ao estigma sofrido por àquele que cumpre uma pena privativa de liberdade, Ignacio Cano afirma que “muitas pessoas acreditam que o extermínio de criminosos e a negação de direitos aos mesmos não conflitam frontalmente com um talante respeitoso, já que, na sua percepção, os delinquentes não fazem parte do coletivo de cidadãos e não possuem direitos”.¹¹⁷

É preciso deixar claro que a melhoria das condições de dignidade e salubridade dos presídios brasileiros passa por formas de responsabilização do Estado e da conscientização da sociedade a respeito da ineficácia da aplicação da pena privativa de liberdade de forma desmedida, em instituições prisionais que desrespeitem os direitos fundamentais dos reclusos.
118

Faz-se necessário, na esteira da teoria do garantismo penal, alcançarmos a máxima efetivação dos direitos fundamentais por meio da implantação do direito penal mínimo, reservando a aplicação da pena privativa de liberdade às condutas sociais efetivamente graves,

¹¹⁶ BAUMAN, Z. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 107.

¹¹⁷ CANO, Ignacio. Direitos Humanos, Criminalidade e Segurança Pública. In: BRASIL. Presidência da República. **Direitos Humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional**. Organização Gustavo Venturi. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 67.

¹¹⁸ Ora, as condições dos presídios brasileiros são extremamente indignas e violadoras dos direitos fundamentais dos presos, o aumento desmedido da população carcerária em nada contribuirá para a paz e segurança social, haja vista a limitação orçamentária para construção de mais estabelecimentos prisionais para acomodar os presos, bem como a ineficiência estatal na redução dos danos causados aos reclusos, que permanecem expostos a situações aflitivas, tais como ambientes insalubres e perniciosos.

respeitando-se de forma integral os direitos fundamentais daqueles que estão reclusos, inclusive responsabilizando-se o Estado por violações aos direitos dos internos, tendo em vista que o Estado é o ente garantidor do pacto social.

Num Estado que se proclama Democrático de Direito, a intervenção mínima do direito penal é questão de suma relevância, já que, como medida mais drástica de pacificação social, sua intervenção somente deve ser reclamada quando os demais ramos do direito não forem suficientemente capazes de salvaguardar o importante bem jurídico da não menos importante gravidade da lesão.¹¹⁹

Na prisão, os reclusos estão em situação de vulnerabilidade, isolados do convívio social; além disso, a realidade do sistema prisional brasileiro demonstra que os direitos fundamentais dos reclusos e as mínimas condições legais para o cumprimento da pena com dignidade não estão respeitadas, sendo necessário investigarmos formas de superação dessas falhas nas políticas públicas, visando efetivar os direitos e garantias fundamentais ao preso.

[...] Transformadas as nossas cadeias em verdadeiros depósitos humanos, criou-se um desolador ciclo vicioso: os juízes prendem, na crença de estarem combatendo a criminalidade; porém, quando jovens primários são encarcerados, para sobreviver eles acabam aderindo às organizações criminosas que lá se instalam, devendo favores e fidelidade quando soltos, tornando-se mais fortes. Não há vencedores, todos perdem. E a única saída para o rompimento desse ciclo vicioso é a completa reforma do Sistema Penitenciário, evitando-se ao máximo, o cárcere, custoso em todos os sentidos.¹²⁰

Não obstante, entendemos necessário, antes de adentrar na análise de possibilidades de superação das falhas das políticas públicas, investigarmos a respeito da insuficiência de recursos financeiros para sua implementação, bem como da discricionariedade do Estado na escolha da política pública e os limites do controle judicial.

¹¹⁹ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; SENESI FILHO, Píer Giorgio. Apontamentos sobre a Importância da Tutela Penal do Ambiente. **ARGUMENTUM - Revista de Direito**, n. 15. Marília - UNIMAR, 2014, p. 307-325. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/91/16>> Acesso em: 29 nov. 2015, p.320.

¹²⁰ DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. De Almeida. **Código Penal Comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226-227.

1.6 A insuficiência de recursos financeiros para implementação das políticas públicas

Ao tratarmos das políticas públicas que devem ser desenvolvidas para melhoria do sistema penitenciário, que sejam efetivamente garantistas aos direitos fundamentais dos presos, não podemos nos esquivar de abordar o problema do orçamento público.

Não há qualquer dúvida de que a efetivação dos direitos fundamentais sociais demanda prestações do Estado que envolvem altos investimentos, custeados pela arrecadação de verbas pela Administração Pública.

1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlatas ao objeto destes direitos; 2. os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade: o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos atores e a eventual reciprocidade da troca.¹²¹

Ocorre que, na maioria das vezes, as verbas arrecadadas pelo Estado não são suficientes para prover, implementar e executar todas as políticas públicas necessárias à satisfação das demandas sociais, especialmente no que se refere ao sistema penitenciário e aos direitos dos presos [...] os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que eles consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. Na mesma altura, um outro jusplublicista alemão, W. Martens, reforçava esta ideia através de expressões plásticas que hoje são saturadamente repetidas nos manuais: os direitos subjetivos públicos suscetíveis de realização só podem ser garantidos no âmbito do possível e do adequado, e já por este motivo eles são desprovidos de estado jurídico-constitucional. Desde então, a “reserva do possível” (“Vorbehalt des Möglichen”) logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovações no capítulo dos direitos sociais.¹²²

A garantia de direitos, especialmente direitos sociais que dependem da implementação de políticas públicas gera um custo para o Estado, e como escudo para defenderem-se de demandas cada vez maiores em detrimento de recursos financeiros escassos, não é raro que a Administração Pública invoque o princípio da reserva do possível para abster-se de implementar determinada política pública, sendo, portanto, necessário esclarecermos os limites de atuação do princípio da reserva do possível e para tanto trazemos a balizada doutrina de Canotilho:

¹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 102.

¹²² Ibid, p. 107.

1. Reserva do possível significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; 2. Reserva do possível significa a “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais; 3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros; 4. Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais. Há uma dose de verdade em todas estas afirmações, mas, ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela gradualidade da realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente não razoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns “dogmas” contra os direitos sociais.¹²³

Segundo Thiago Lima Breus:

A ideia de reserva do possível, como elemento de limitação à ação estatal, surgiu na Alemanha, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional germânica na década de 1970. O primeiro caso narrado pela doutrina é o relativo ao direito de acesso às vagas das universidades alemãs, em que o elevado Tribunal considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão condicionadas ao limite do razoável. A Corte alemã, nesse contexto, passou a entender que os direitos sociais de prestação positiva somente seriam exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, isto é, daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, correspondente, ao menos, ao direito mínimo de existência. Os direitos compreendidos como integrantes desse mínimo existencial acabam, a partir dessa posição da Corte, por aferir aos indivíduos um direito subjetivo contra o Poder Público no que tange aos serviços sociais que asseverem a dignidade da pessoa humana, sendo que a violação no núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social”.¹²⁴

Os limites orçamentários e a teoria da reserva do possível não podem revestir-se de escudos contra a implementação de políticas públicas que visem efetivar os direitos sociais, mas, ao contrário, deverão determinar que o Administrador Público aja de forma responsável e respeite a análise do ciclo das políticas públicas, planejando de forma séria a elaboração das políticas públicas necessárias a suprir as demandas sociais.¹²⁵

¹²³ CANOTILHO, 2003, p. 107-108.

¹²⁴ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 233-234.

¹²⁵ Os limites orçamentários e os déficits financeiros não poderão ser considerados como óbices a serem opostos contra a implementação das políticas públicas criminais que garantam o respeito aos direitos fundamentais dos

A teoria da reserva do possível não foi concebida para mitigar obrigações mínimas do Estado para com obrigações sociais essenciais, que, caudatárias da dignidade humana, não encontram possibilidade de restrição válida. Com efeito, em nenhum momento pensa-se na reserva do possível como instrumento de limitação do direito de acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas sim como instrumento conformador de demandas sociais, que, embora inerentes ao bem-estar social e necessárias à realização da personalidade, não se situam nesse limiar mínimo. Em outras palavras, contrapondo-se os limites materiais do orçamento ao aumento progressivo das exigências dos cidadãos em relação aos direitos de participação nos benefícios da vida associada (direitos fundamentais sociais), a teoria da reserva do possível, em sua concepção original, pode ser sintetizada na observância de dois pontos essenciais de seu regime jurídico: - observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital; - realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda social.¹²⁶

O Estado, mesmo diante de limites orçamentários, deverá implementar políticas públicas que visem satisfazer as necessidades mínimas da sociedade, tais como, saúde, educação, moradia, segurança pública; contudo, não poderá jamais acomodar-se na solução dos problemas sociais cada vez mais complexos, devendo racionalizar a forma de implantação e escolha das políticas públicas a serem executadas, visando a inclusão social e proporcionando uma sociedade mais justa.

Importante, em relação ao princípio da reserva do possível, destacamos a teoria do direito de ter direitos, que determina que o Estado efetive prestações estatais positivas, evitando-se a utilização do argumento das limitações orçamentárias para deixar de garantir os direitos fundamentais sociais.

Pela teoria do direito de ter direitos, a satisfação de certas prerrogativas dos indivíduos ou das coletividades, ainda quando sejam onerosas aos cofres do Estado, constitui um reflexo do dever de o Poder Público concretizar prestações estatais positivas. Nesse campo, a palavra de ordem é o Poder Público não criar embaraços, manipulando recursos ou levantando questões de índole financeira, as quais acabam impondo empecilhos artificiais para a efetivação de prerrogativas individuais e metaindividuais. Portanto, o objetivo da Teoria do direito de ter direitos é evitar que o Poder Público alegue fatores político-administrativos para obstaculizar a efetividade daquelas prestações estatais positivas. Busca-se, assim, combater atos arbitrários, ilegítimos e censuráveis que venham a fraudar, frustrar ou inviabilizar o gozo pleno de direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente, em benefício dos cidadãos.¹²⁷

reclusos e a reinserção social do egresso, haja vista que tais medidas fortalecem a segurança pública, que igualmente é considerada como um direito fundamental social.

¹²⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 176.

¹²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 380.

Diante de recursos escassos, maior será a responsabilidade do administrador público na escolha de como e onde gastar as verbas orçamentárias, jamais podendo deixar em segundo plano a efetivação dos direitos sociais, tais como a segurança pública.

[...] a partir dos postulados neoliberais que vêm no bojo das teorias relacionadas aos custos dos direitos, é dado grande relevo ao aspecto econômico, que acaba obtendo maior prevalência sobre o jurídico, de modo que as prioridades constitucionais são deixadas de lado em prol de questões econômicas, como o pagamento de juros e taxas a instituições internacionais, em detrimento da realização de políticas essenciais. É sob este horizonte que a reserva do possível acabou surgindo como um elemento teórico de grande força no sentido de extrair a eficácia dos direitos fundamentais a prestações positivas, haja vista que, segundo argumentam os teóricos do neoliberalismo, ainda que existisse vontade política, nada poderia ser feito, em face da escassez de recursos. [...] Verificando-se que há a destinação de recursos em prol de um determinado fim, invariavelmente vai ocorrer escassez a outras finalidades, pelo que alguns autores passam a falar em escolhas políticas, cujos escopos acabam sendo dissimulados sob argumentos que acabam tendo uma índole jurídica, como a reserva do possível. Logo, existe a necessidade de diferenciar o que não é possível, porque comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam a alocação de recursos, e o que não é possível porque meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Ocorre que a própria Constituição oferece parâmetros a serem respeitados consoante os dispositivos antes citados. Qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os padrões mínimos fixados pela Constituição, assim como o rol de prioridades por ela estabelecido. E a obediência aos parâmetros fixados pela Constituição, não se trata da ocorrência da subsunção do político ao jurídico, mas do condicionamento das decisões políticas aos valores estabelecidos pela própria Constituição.¹²⁸

Reveste-se de extrema importância a análise a respeito da discricionariedade administrativa na escolha da política pública a ser implementada, especialmente relacionadas às políticas públicas criminais e a possibilidade de controle judicial.

1.7 A discricionariedade do Estado na escolha da política pública e os limites do controle judicial

Os agentes políticos, embora detenham o processo de decisão a respeito da implementação de uma determinada política pública criminal, não agem de forma totalmente discricionária na sua elaboração e execução, posto que a Constituição Federal define o embasamento legal da atuação do Estado no desenvolvimento das políticas públicas.

Segundo sustenta Valter Foleto Santin:

¹²⁸ BREUS, 2007, p. 239-240.

[...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um “law enforcement” (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função. Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado.¹²⁹

A Administração Pública deve agir de forma discricionária na análise dos elementos de conveniência e oportunidade do mérito do ato administrativo, posto que, conforme ensinamento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, faz parte da função administrativa prestar os serviços públicos necessários a satisfazer as necessidades da sociedade, “tendo em conta sua posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei nas situações empíricas emergentes”, além disso há impossibilidade material do legislador prever e regular todas demandas sociais a serem supridas através de políticas públicas, além da inviabilidade jurídica da supressão da discricionariedade, tendo em vista a Tripartição de Poderes, bem como em diversas situações o agente público estará diante de conceitos jurídicos indeterminados, devendo realizar a melhor escolha dentre as opções juridicamente possíveis.¹³⁰

A respeito dos conceitos jurídicos indeterminados, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] pode-se em síntese dizer: ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos

¹²⁹ SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.34-35.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.965-966.

padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia *vinculação*. De revés, quando se vale de noções um tanto vagas ter-se-ia *discricionariedade*.¹³¹

Justifica-se a existência da discricionariedade administrativa, com análise pelo agente público dos critérios de oportunidade e conveniência para atuação da Administração Pública em determinada situação concreta, contudo, como vimos, mesmo diante da existência da discricionariedade, a Administração Pública ainda deverá respeito aos limites razoáveis traçados pelo ordenamento jurídico.

Em relação à política pública criminal, conforme defendemos no presente trabalho, deverá garantir os direitos fundamentais dos reclusos e, para tanto, deverá cumprir substancialmente as regras trazidas pela Lei de Execução Penal, além de estabelecer programas de conscientização da população a respeito dos direitos fundamentais do preso e do egresso e políticas públicas inclusivas.

A falta de sua implementação por parte do Estado enseja a possibilidade de controle judicial, posto que, embora a escolha e implementação da política pública seja um ato discricionário do Poder Público, não podemos afastar a possibilidade de controle judicial sobre os atos administrativos discricionários.¹³²

A doutrina pátria insurgiu-se de forma contundente durante grande período de tempo quanto à possibilidade de análise judicial dos atos revestidos de discricionariedade administrativa:

[...] o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública. Daí a afirmação de que o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos.¹³³

Entendimento que foi superado após a Constituição de 1988:

Mais recentemente, após a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário. E, na realidade, houve considerável evolução no controle judicial sobre os atos administrativos, com grandes avanços sobre o

¹³¹ MELLO, 2010, p. 967.

¹³² A escolha da política pública a ser implementada é responsabilidade do Estado e está adstrita à análise discricionária pelo administrador público, porém não afastamos a possibilidade de controle judicial sobre atos administrativos discricionários revestidos de ilegalidade, desvio de poder ou desrespeito a qualquer dos demais princípios constitucionais administrativos, posto que os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) são harmônicos e interdependentes, atuando em colaboração para efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.226.

exame do chamado mérito. O exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle judicial. Se o juiz se deparasse com um conceito jurídico indeterminado na lei, como interesse público, utilidade pública, urgência, notório saber, moralidade, ele se eximia do dever de apreciar tais aspectos, sob a alegação de que se tratava de matéria de mérito. [...] Com o passar dos tempos, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização dos princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.¹³⁴

E mais, não há qualquer óbice democrático à análise judicial de matérias que anteriormente eram tidas apenas como mérito administrativo e, portanto, somente adstritas à discricionariedade do administrador público, posto que a própria Constituição Federal confere legitimidade aos magistrados para controlar e impedir irregularidades em atos administrativos, inclusive aqueles com maior caráter discricionário.

Nesse sentido, é importante a lição de Valter Foletto Santin:

A legitimidade dos agentes políticos decorre da eleição direta pelo voto ou por força do sistema produzido pela Constituição Federal, sem diferença de grau entre os agentes políticos eleitos, com mandato popular, e os concursados. O acesso ao cargo por um concurso de provas e títulos concede ao agente político não eleito pelo povo um poder institucional, como um *mandato institucional*, originário da própria Constituição Federal, com legitimação semelhante ao mandatário eleito pelo povo. Os concursados são representantes do povo, escolhidos dentre os cidadãos por um certame em que a capacidade de representação popular é definida pelas provas e títulos; é uma forma de eleição. Os controles recíprocos dos poderes e órgãos públicos são fontes de constante legitimação mútua.¹³⁵

A Constituição Federal consagra em seu artigo 5º, XXXV o princípio da inafastabilidade da jurisdição, prevendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, desta forma, realmente não há como sustentar a impossibilidade de controle judicial sobre o mérito do ato administrativo, especialmente no que tange à análise da legalidade e dos princípios constitucionais administrativos.

¹³⁴ DI PIETRO, 2014, p. 226-227.

¹³⁵ SANTIN, 2004, p. 224.

O Judiciário é árbitro do bem público, funciona como um mecanismo de controle e não pode chancelar irregularidades nem se furtar a obrigar o seguimento do caminho imposto pela legalidade e demais princípios constitucionais administrativos. Nessa condição, sem que se considere a interferência nos outros Poderes, ele deve agir para coibir inconstitucionalidade, ilegalidade, omissão, negligência, prevaricação, ineficiência e inadequação dos atos, ações e serviços públicos.¹³⁶

Considerando que o Poder Judiciário possui legitimidade para controlar o mérito dos atos administrativos discricionários, qual seria o limite para atuação dos magistrados, considerando-se a harmonia e interdependência dos Poderes, reconhecendo-se que a Constituição Federal, atribuiu ao Poder Executivo a escolha e implementação administrativa e orçamentária da política pública?¹³⁷

Ressaltamos que os Poderes são harmônicos e interdependentes, restando superada a noção pura e simples de independência dos Poderes, haja vista que a atuação de cada um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) é marcada por uma dependência mútua, devendo haver colaboração entre os Poderes para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Contudo, não há como desconsiderarmos que a Administração Pública através de um processo racional de elaboração da política pública é o ente com maior aptidão para identificar as necessidades das demandas e promover a execução dos serviços públicos, posto que gerencia os limites orçamentários e poderá verificar no caso concreto quais as melhores medidas a serem tomadas, ante os recursos financeiros porventura escassos, para solução de um determinado problema social.¹³⁸

[...] as políticas públicas da ordem social traçadas na Constituição Federal já possuem mecanismos legais para aplicabilidade. Portanto, a função de implementação, hoje, cabe muito mais aos administradores, do que aos legisladores”¹³⁹

¹³⁶ SANTIN, 2004, p. 227.

¹³⁷ Conforme tratamos no item anterior, o orçamento público é limitado e embora a teoria da reserva do possível não possa afastar de plano a efetivação dos direitos fundamentais, não se pode ignorar as limitações orçamentárias para implementação de todas as políticas públicas necessárias para combater as desigualdades sociais, bem como não se olvida ser o Poder Executivo quem detém a prerrogativa orçamentária, a atuação do Poder Judiciário determinando a necessidade da execução de determinada política pública irá impactar no orçamento necessário para a realização das demais políticas públicas.

¹³⁸ Diante de tal cenário, Bucci (2002, 271) critica a atuação descriteriosa do Poder Judiciário, afirmando que somente o Poder Executivo e o Poder Legislativo (este em razão de sua competência legislativa e fiscalizatória) são aptos a identificar as demandas sociais contrapondo-as às limitações orçamentárias, balanceando as necessidades sociais e possibilidades financeiras.

¹³⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83.

A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito da escolha administrativa por meio de critérios discricionários de conveniência e oportunidade elucida a forma como a Administração deverá agir:

[...] a discricionariedade existe, por definição, *única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.¹⁴⁰

Na implementação das políticas públicas criminais o Estado possui responsabilidade em analisar a melhor solução ante os recursos orçamentários disponíveis e ainda, de forma constante, acompanhar, avaliar e controlar as políticas públicas desenvolvidas.

A política pública se exterioriza de várias maneiras e todas elas devem submeter-se ao império da lei. Não há um padrão uniforme de apresentação das políticas públicas nem, tampouco, um padrão que se possa chamar de jurídico num sistema igualmente jurídico ou, pelo menos, reconhecível pelo sistema jurídico. Todavia não se pode negar que as políticas públicas se inserem nas ações dos governantes, cuja validade pode ser aferida pelo Judiciário.¹⁴¹

O controle judicial dos atos administrativos discricionários não pode ser realizado de forma ao magistrado substituir a vontade do administrador público na escolha da política pública criminal a ser implementada pela sua própria escolha¹⁴², mas sim verificar, diante do caso concreto, se o administrador público agiu com respeito à legalidade e aos demais princípios constitucionais administrativos.¹⁴³

¹⁴⁰ MELLO, 2010, p. 436.

¹⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 94.

¹⁴² “O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação de poderes. [...] Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.” (DI PIETRO, 2014, p. 228-229)

¹⁴³ Segundo Canotilho (2003, p.1309) “o princípio da autolimitação dos juízes continuará a ter sentido útil se com ele se quer significar não a inadmissibilidade de juízos de valor na tarefa de interpretação-concretização constitucional (existentes em qualquer actividade interpretativa), mas a contenção da actividade dos tribunais dentro dos limites da função jurisdicional. Isso implica, desde logo, reflexão sobre a respectiva precompreensão e disciplina na invocação de elementos de interpretação valorativos. Isso apontará, em geral, para os limites de

Na formulação e execução das políticas públicas, a utilização dos princípios constitucionais – em especial da legalidade e do respeito à dignidade da pessoa humana – desempenha função extraordinária, no sentido de assegurar, juridicamente, os direitos fundamentais postos no texto constitucional, que deverão ser implementados de acordo com a vontade do constituinte e do sistema jurídico vigente.¹⁴⁴

A Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais estabelecem as diretrizes para implementação e execução das políticas públicas criminais, não podendo o Administrador Público se afastar do mandamento constitucional na escolha da política pública.

O administrador está vinculado à Constituição e à implementação das políticas públicas da ordem social (quer diretamente quer em parceria com a sociedade civil – nesse sentido atuando também como fiscalizador), estando adstrito às finalidades explicitadas na Constituição, bem como nas leis integradoras, e não cumpri-las caracteriza omissão, passível de responsabilidade.¹⁴⁵

Eduardo Cambi sustenta que:

O Judiciário deve concretizar os direitos fundamentais, libertando-se do formalismo jurídico, sem cair no espaço fértil dos voluntarismos e decisionismos da Jurisprudência dos Valores. Livre convencimento do juiz não se confunde com arbítrio judicial.¹⁴⁶

Os argumentos até o momento expostos permitem concluir que não podemos substituir a discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial. Na efetivação do controle judicial das políticas públicas criminais escolhidas pelo administrador público, o magistrado deve atuar de forma responsável e fundamentar suas decisões no respeito e efetividade do princípio da legalidade e dos mandamentos constitucionais, analisando de forma objetiva o comprometimento orçamentário na execução de todas as políticas públicas ao determinar que haja a priorização de uma determinada política pública.¹⁴⁷

Não obstante, caso o Estado não implemente políticas públicas garantistas, que efetivem os direitos fundamentais do recluso e os mandamentos constitucionais e legais, o Poder Judiciário não somente pode, como deve atuar, objetivando garantir que os direitos

cognição dos juízes quanto aos vícios: cabe-lhes conhecer dos vícios de constitucionalidade dos actos normativos mas não dos vícios de mérito (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo)”.
¹⁴⁴ LIBERATI, 2013, p. 89.

¹⁴⁵ FRISCHEISEN, 2000, p. 91.

¹⁴⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 16, p. 83-97, 2012, p. 89.

¹⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

fundamentais dos reclusos, previstos na Constituição Federal e nas legislação pátria sejam concretamente respeitados.

Francis de Oliveira Rabelo exemplifica a atuação do controle jurisdicional em casos nos quais o Poder Público não desenvolve políticas públicas eficientes que garantam os direitos fundamentais dos reclusos, expondo-os a situação degradante, em celas superlotadas e com risco grave a sua saúde, física e mental, não se podendo defender que o Poder Judiciário permaneça inerte ante ao desrespeito à Constituição Federal e a Lei de Execução Penal.

Há alguns dias, o senhor Livingsthon José Machado, juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, região Metropolitana de BH, determinou a soltura de 36 presos sob o entendimento de que inexistiam condições locais para o encarceramento dos indivíduos, ante a superlotação e riscos de transmissão de doenças infectocontagiosas entre os presos.¹⁴⁸

No próximo capítulo, aprofundaremos a investigação sobre a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das omissões estatais em relação às políticas públicas penitenciárias, especialmente considerando o impacto do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro.

¹⁴⁸ RABELO, Francis de Oliveira. A coragem de transgredir a lei em busca do princípio da dignidade humana: um grito do judiciário mineiro. **Boletim IBCCRIM**, ano 13, n.157, dez. 2005, p. 2.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

2.1 Atuação do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das omissões estatais em relação às políticas públicas penitenciárias

A execução da pena no Brasil, conforme vimos no capítulo anterior, especialmente no que se refere às penas privativas de liberdade, objeto do presente estudo, não garante materialmente a aplicação dos direitos fundamentais dos reclusos, caracterizando a ineficiência do Estado em proporcionar as condições mínimas de dignidade necessárias ao cumprimento da pena.

A realidade do sistema carcerário brasileiro conflita com os preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais dos presos e que devem ser respeitados pelo Estado, tais como a dignidade do recluso (artigo 1º, III), a vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III), a proibição da imposição de penas cruéis (artigo 5º, XLVII, “e”), a determinação de cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII), o respeito à integridade física e moral dos encarcerados (artigo 5º, XLIX).

Verificamos que a legislação penal e processual penal possui viés formalmente garantista aos direitos dos presos, contudo, não é materialmente aplicada pelo Estado, havendo violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos encarcerados, violando a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, além de desrespeitar diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, tais como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, fato gerador de diversas condenações pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os dados estatísticos disponibilizados pelo Ministério da Justiça, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), pelo Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas (SINESP), bem como o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro confirmam a existência de violações reiteradas aos direitos fundamentais do recluso, indicando que o cumprimento da pena privativa de liberdade ocorre em meio a um sistema carcerário falido, que necessita urgentemente de melhorias.

Neste capítulo, trataremos de um novo conceito ou técnica de julgamento, originário da Corte Constitucional Colombiana (CCC), consistente no estado de coisas inconstitucional (ECI), como forma de ativismo judicial estrutural cujo objetivo é solucionar litígios estruturais decorrentes de graves falhas em políticas públicas, causadoras de violações sistemáticas a direitos fundamentais, especialmente de pessoas em situação de vulnerabilidade. No próximo capítulo deste trabalho, investigaremos a possibilidade de declaração do ECI em relação ao sistema prisional brasileiro, especialmente a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347.

Antes de iniciarmos o estudo do ECI, iremos analisar a evolução histórica da atuação do STF, a partir da Constituição Federal de 1988, em relação às formas de controle da constitucionalidade das normas e políticas públicas, especialmente em relação às omissões estatais em cumprir os mandamentos constitucionais inseridas no sistema carcerário brasileiro e para tanto, visando contextualizar o leitor, faremos uma breve exposição do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, sem a pretensão de esgotar o tema que, pela sua magnitude, fugiria ao objetivo do estudo proposto.

É necessário, portanto, investigarmos a forma de atuação do Poder Judiciário, especialmente no que tange ao posicionamento do STF, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quanto à forma de controle da constitucionalidade das normas e políticas públicas, notadamente quanto às omissões estatais em cumprir os mandamentos constitucionais.

Feitas essas considerações, podemos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro pressupõe o princípio da supremacia da constituição, constatando-se que “a constituição é soberana dentro do ordenamento (*paramountcy*). Por isso, todas as demais leis e atos normativos a ela devem adequar-se.”¹⁴⁹

O princípio da supremacia da constituição:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela, que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. [...] Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e

¹⁴⁹ BULOS, 2014, p.128.

competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.¹⁵⁰

Diante do princípio da supremacia constitucional, toda a legislação e políticas públicas devem adequar sua atuação aos princípios e preceitos da Constituição, não se exigindo apenas uma atuação positiva de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, que os atos legislativos ou administrativos não contrariem normas ou princípios da Constituição, mas igualmente combatem-se as omissões quanto à aplicação das normas constitucionais, verificada nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos necessários para tornar plenamente aplicáveis os mandamentos constitucionais.

Pretendendo combater as inconstitucionalidades, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema de controle da constitucionalidade por ação (atuação) e por omissão (art. 102, I, *a*, e III, *a*, *b* e *c*, e art. 103 e seus §§ 1º a 3º).¹⁵¹

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle de inconstitucionalidade por omissão.¹⁵²

A Constituição Federal de 1988 contempla o controle de constitucionalidade *preventivo* e o *repressivo*. O controle preventivo é exercido pelo Poder Legislativo e Executivo, cujo objetivo é impedir o ingresso em nosso ordenamento jurídico de normas que desde seu projeto possuam alguma afronta aos princípios e preceitos constitucionais, sendo exercido através do processo legislativo. Por sua vez, o controle de constitucionalidade repressivo é efetivado por meio do Poder Judiciário, submetendo à análise da constitucionalidade leis e atos normativos já vigentes.¹⁵³

O sistema de controle de constitucionalidade repressivo reconhece o sistema de controle de constitucionalidade *difusa, por via de exceção, ou incidental*, pelo qual é atribuído ao próprio litigante, em um caso concreto, arguir em sua defesa a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo e o controle de constitucionalidade *concentrado, por via de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade*, com iniciativa privativa

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 48-49.

¹⁵² TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44 e 48.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 46-47.

do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador de Estado ou do Distrito Federal, do Procurador-Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de partido político com representação no Congresso Nacional e de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103 da Constituição Federal).

O controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos poderá ser realizado em qualquer processo, perante qualquer juízo ou tribunal, sendo arguido de forma incidental em um caso concreto como forma de defesa, visando à decretação da não obrigatoriedade de cumprimento de uma lei declarada inconstitucional, cujo efeito somente abrangerá as partes envolvidas no litígio (*inter partes*).

Portanto, o controle incidental de constitucionalidade possui efeito *inter partes*, permanecendo a norma declarada inconstitucional em vigor no ordenamento jurídico, entretanto, caso a demanda seja julgada em definitivo, por meio de recurso extraordinário, pelo STF, o artigo 52, X da Magna Carta permite que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional, alcançando, deste modo, eficácia *erga omnis*.

O artigo 97 da Constituição prevê que, no caso de controle difuso da constitucionalidade, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Por sua vez, em relação ao controle concentrado, os legitimados à sua propositura (artigo 103 da Magna Carta) objetivam obter a decretação da inconstitucionalidade (por via da ação direta de inconstitucionalidade) ou a declaração da constitucionalidade (por via da ação declaratória da constitucionalidade) da lei em tese, de forma abstrata, ressaltando-se que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao STF o papel de guardião da Constituição, sendo de sua competência o julgamento das ações no controle concentrado de constitucionalidade (artigo 102, I da Constituição Federal).

As ações permitidas no bojo do controle concentrado de constitucionalidade são: ação direta de inconstitucionalidade (ADI, art. 102, inciso I, alínea *a*, c/c art. 103, da Constituição Federal), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO, art. 102, inciso I, alínea *a*, c/c art. 103, *caput* e § 2º, da Constituição Federal), ação declaratória de constitucionalidade (ADC, art. 102, inciso I, alínea *a*, c/c art. 103, da Constituição Federal),

mandado de injunção (MI, art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF, art. 102, § 1º, da Constituição Federal).

Interessa-nos aprofundar os estudos a respeito do controle de constitucionalidade derivado das omissões e o posicionamento do STF quanto ao tema, posto que o desenvolvimento do presente trabalho indica a existência de graves violações dos direitos fundamentais dos reclusos ante ao fato do Poder Público não garantir a aplicação dos princípios constitucionais e preceitos determinados pelas leis de execução penal durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O controle de constitucionalidade por omissão foi introduzido em nosso ordenamento jurídico através da Constituição Federal de 1988, prevista no artigo 103, § 2º: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Inspirado na Constituição portuguesa, o controle de constitucionalidade por omissão possui como principal finalidade “realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte”¹⁵⁴, permitindo que todas as normas constitucionais alcancem a eficácia plena.

O comportamento negativo, responsável pela omissão inconstitucional, é detectado toda vez que o constituinte consagra imposições, deveres e metas a serem perseguidos pelos Poderes Públicos, e, mesmo assim, eles não tomam quaisquer providências para impedir a *síndrome de inefetividade da constituição*.¹⁵⁵

A omissão inconstitucional pode ser *absoluta (total)*, quando não é tomada nenhuma das medidas preceituadas constitucionalmente, *parcial* no caso de cumprimento parcial, incompleto ou defeituoso do comando constitucional, ou *relativa*, caso haja violação da isonomia, a partir de tratamento jurídico diferenciado, prestigiando determinado grupo em detrimento de outro.¹⁵⁶

Carlos Alexandre de Azevedo Campos aponta três dificuldades na análise da omissão inconstitucional: a) determinar quando a lacuna em legislar ou executar um preceito constitucional gera a inconstitucionalidade; b) qual a eficácia do pronunciamento da Corte

¹⁵⁴ TEMER, 2008. p. 51.

¹⁵⁵ BULOS, 2008. p. 152.

¹⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Bahia: *Jus Podivm*, 2016, p. 35-36.

Constitucional reconhecendo a existência da omissão inconstitucional; c) quais as consequências jurídicas da sentença que afirmar a inconstitucionalidade por omissão.¹⁵⁷

A omissão inconstitucional para ser caracterizada depende do transcurso de um período de tempo razoavelmente largo, no qual o Poder Legislativo e/ou Executivo manteve-se inerte. Para tanto, é necessário determinar qual seria o transcurso de um tempo razoável sem o cumprimento da obrigação constitucional para determinar a existência da inconstitucionalidade por omissão. A partir desse raciocínio, quanto maior o tempo decorrido sem cumprimento do preceito constitucional, menor a dúvida quanto à existência da inconstitucionalidade, devendo ser analisado o caso concreto para determinação da ocorrência de lapso suficiente para determinar a omissão inconstitucional, sendo certo que, caso o tempo de inércia seja demasiadamente longo, poderá resultar no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, conforme investigaremos com maior profundidade.¹⁵⁸

Quanto aos limites de atuação institucional do Poder Judiciário no reconhecimento da omissão inconstitucional, o artigo 103, § 2º da Magna Carta, dispõe que a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão possui natureza obrigatória ou mandamental, preconizando que, após a declaração da inconstitucionalidade por omissão, o Poder competente para a adoção da providência necessária será cientificado para sanar a omissão declarada. Em se tratando de medidas legislativas, não há fixação de prazo constitucional para serem tomadas, já em se tratando de órgão administrativo, a medida deverá ser realizada no prazo de trinta dias.

Sobre a natureza da sentença declaratória da inconstitucionalidade por omissão, José Afonso da Silva sustenta:

Daí provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a esse reconhecimento, mas *não é meramente declaratória*, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza *mandamental* no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão. Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação a órgão administrativo. Mas ele existe também no tocante à ciência ao Poder Legislativo. Não há de se limitar à mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave.¹⁵⁹

Ocorre que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, durante muitos anos, especialmente no que tange ao controle da constitucionalidade por omissão, foi extremamente

¹⁵⁷ CAMPOS, 2016, p.27.

¹⁵⁸ Ibid., p.33-34.

¹⁵⁹ SILVA, José, 2014. p.57-58.

conservador, limitando-se a atuar como “legislador negativo”, retirando do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais, sem adotar uma postura ativa no caso de manutenção da inercia legislativa e/ou administrativa quanto às omissões inconstitucionais.

Esse posicionamento não-concretista¹⁶⁰ era balizado com fundamento na separação e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal), afirmando não ser dado ao Poder Judiciário suprir a omissão legislativa ou executiva, sob pena de invadir a competência constitucional destinada aos demais poderes.

José Afonso da Silva, ao discorrer sobre a inercia legislativa em caso de cientificação da decisão de declaração de omissão inconstitucional, afirma:

É certo que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar. Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnáramos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito. Mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente.¹⁶¹

Bulos afirma que o Poder Legislativo:

[...] é cientificado para que adote as medidas cabíveis. Porém, a sentença do Supremo não poderá estipular prazo para o Parlamento exercer seu *munus*. Do contrário, a Corte estaria forçando a legislar, contrariando o princípio da convivência harmônica entre Poderes (CF, art. 22). Por inexistir prazo determinado, o Legislativo não poderá ser responsabilizado pela demora. Teoricamente, contudo, a omissão inconstitucional dá margem à responsabilização da União Federal por perdas e danos.¹⁶²

Em relação aos órgãos administrativos, Bulos assevera que “deverão tomar providências no prazo máximo de trinta dias. Se não forem adotadas quaisquer medidas, é

¹⁶⁰ O posicionamento não-concretista sustenta que somente pode ser dada ciência do poder omissivo da declaração da omissão inconstitucional, exortando-o a tomar as providências necessárias para sanar a omissão. Em contraposição, a corrente concretista defende que não basta a Corte Constitucional reconhecer e declarar a omissão inconstitucional, devendo garantir concretamente o exercício do direito. A corrente concretista divide-se em: a) concretista geral, que advoga em havendo omissão inconstitucional, o Poder Judiciário deve suprir a lacuna legal em caráter geral, ou seja, viabilizando o exercício do direito a todos que estejam em idêntica situação (posicionamento adotado pelo STF no julgamento do MI 670, 708 e 712) ; b) concretista individual, preconizando que o Poder Judiciário deverá suprir a lacuna originada pela omissão inconstitucional criando regulamentação para o caso específico, com efeito apenas *inter partes* (posicionamento adotado pelo STF no julgamento do MI 721); c) concretista intermediária, aduz que o Poder Judiciário inicialmente deverá limitar-se a declarar a omissão, fixando um parâmetro temporal para o suprimento da lacuna, permanecendo a inercia do órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, estaria autorizado o Poder Judiciário a suprir a lacuna, com abrangência apenas no caso concreto objeto do julgamento da declaração da omissão inconstitucional, ou seja, *inter partes*.

¹⁶¹ SILVA, José, 2014, p.58

¹⁶² BULOS, 2014, p.347.

cabível, em tese, indenização, desde que fique demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a inércia administrativa.”¹⁶³

O Supremo Tribunal Federal disponibilizou em seu sítio eletrônico uma tabela em 23 de agosto de 2010 com a relação de casos nos quais a Corte declarou a omissão inconstitucional do Poder Legislativo, reconhecendo a mora legislativa.¹⁶⁴

Quadro 1 Omissão inconstitucional: relação de casos cujas matérias encontram-se pendentes de disciplina

Processo	Relator	Data do julgamento
MI 788	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 795	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 796	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 797	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 808	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 809	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 815	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 825	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 828	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 841	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 850	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 857	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 879	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 905	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 927	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 938	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 962	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 998	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 758	Min. Marco Aurélio	1/7/2008
MI 670	Min. Maurício Corrêa	25/10/2007
MI 708	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007
MI 712	Min. Eros Grau	25/10/2007
MI 721	Min. Marco Aurélio	30/8/2007
ADI 3682	Min. Gilmar Mendes	9/5/2007
MI 695	Min. Sepúlveda Pertence	1/3/2007
ADI 3276	Min. Eros Grau	2/6/2005
MI 278	Min. Carlos Velloso	3/10/2001
MI 95	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
MI 124	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
MI 369	Min. Sidney Sanches	19/8/1992

Fonte: BRASIL. STF, 2016.

¹⁶³ BULOS, 2014, p. 347

¹⁶⁴ Dados disponibilizados pelo sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 05 nov. 2016.

Em que pese às declarações de omissão inconstitucional proferidas pelo STF, até o fechamento deste trabalho, somente houve a edição de lei no que tange ao aviso prévio proporcional, tema abordado nos seguintes processos: MI 962, MI 695, MI 278, MI 95, MI 124, MI 369, com a supressão da mora legislativa por meio da Lei 12.506/2011.

Diante desse cenário de longa inércia legislativa após o reconhecimento e declaração da omissão inconstitucional, a Suprema Corte brasileira alterou seu posicionamento não-concretista.

O julgamento do MI 721/DF (DJE publicado em 30.11.2007) foi o marco na alteração da orientação jurisprudencial da Corte Constitucional em relação à autocontenção do Poder Judiciário em face da inércia legislativa, adotando-se uma posição concretista, suprindo a vontade do legislador em caso de prolongada mora legislativa.¹⁶⁵

A evolução foi evidente. O Supremo havia dado um passo enorme em direção à modernização das técnicas do controle da omissão normativa inconstitucional, e vem mantendo a nova posição em julgados posteriores sobre temas diferentes, onde igualmente se faz presente inércia legislativa persistente e injustificada, deixando claro ter a mudança de perspectiva institucional vindo para ficar.¹⁶⁶

O posicionamento de autocontenção do Supremo Tribunal Federal também era inicialmente observado em relação ao controle jurisdicional das políticas públicas, com fundamento no princípio da independência e harmonia dos Poderes, contudo, conforme observamos no capítulo 1 do presente trabalho, o posicionamento autorrestritivo da Corte Constitucional quanto à efetivação das políticas públicas por meio da atuação do Poder Judiciário restou superada, com entendimento de que a atuação de cada um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) é marcada por uma dependência mútua, devendo haver

¹⁶⁵ “O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 721/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 05 nov. 2016).

¹⁶⁶ CAMPOS, 2016, p.52.

colaboração entre os Poderes para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior afirma que “admitiu-se, excepcionalmente, com o passar do tempo, o controle jurisdicional das políticas públicas, quando violadas diretamente as normas expressas, constitucionais e legais, que as parametrizavam”¹⁶⁷, entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento da ADPF nº 45, ocorrido em 29 de abril de 2004¹⁶⁸, destacando-se, devido à sua importância, trecho do julgamento:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado"¹⁶⁹

¹⁶⁷ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 1 dez. 2015, p. 7.

¹⁶⁸ A ADPF nº 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, discutiu a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. Embora a ADPF tenha sido julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto, a Corte consignou o posicionamento de que o Poder Judiciário deve atuar para tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. Assentou-se o entendimento que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade, respeitando-se o mínimo existencial.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. Reg. no recurso extraordinário com agravo 745.745 Minas Gerais**. Relator: Mello, Celso de. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sobonumero7482896>. Acesso em: 20 ago. 2016.

Portanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal possibilita o controle das políticas públicas, especialmente quando o Poder Público deixa de agir e desta forma, desrespeita os ditames constitucionais, comprometendo o acesso a direitos fundamentais expressamente previstos no texto constitucional.

O *non facere* ou *non praestare* estatal é extremamente grave, haja vista que desrespeita a Constituição e a inércia impede o exercício de direitos fundamentais, afetando um número indeterminado de pessoas, que são colocadas em situação de vulnerabilidade ante o desrespeito sistemático a seus direitos.

Desta forma, a omissão inconstitucional, mais do que apenas o desrespeito a ordens constitucionais expressas de legislar ou regulamentar, pode negar efetividade aos direitos fundamentais, portanto, a omissão inconstitucional não deve ser interpretada apenas por meio de “critérios textuais, semântico estruturais”, como mero “descumprimento formal de um enunciado normativo constitucional”, mas analisada de forma material, visando substancialmente à efetivação dos direitos fundamentais.¹⁷⁰

A omissão normativa é vício a implicar a atuação incompleta de qualquer dispositivo da constituição, não podendo a estrutura semântica dos seus enunciados ser critério exclusivo de identificação. A transformação dos enunciados normativos em realidade concreta envolve limitações, obstáculos fáticos e variáveis, sociais e institucionais, que podem afetar, em diferentes medidas, diversos preceitos relativos aos direitos fundamentais, e isso independentemente da expressão e da densidade semântica desses enunciados. Com efeito, a omissão normativa inconstitucional é problema do processo de desenvolvimento da Constituição e dos direitos nela reconhecidos; um problema da efetividade dos direitos fundamentais a cargo dos poderes constituídos, e essas circunstâncias, inequivocamente, extrapolam argumentos de ordem puramente semântico-estruturais.¹⁷¹

A tutela deficiente dos direitos fundamentais em razão da omissão inconstitucional pode ser ocasionada pela “falta de coordenação entre a lei e ação administrativa, culminando na deficiência de políticas públicas. Trata-se da omissão inconstitucional em virtude de falhas estruturais”¹⁷², portanto, a inconstitucionalidade por omissão não pode ser definida por exclusão, como omissão legislativa ou administrativa, haja vista que poderá decorrer de falha de coordenação entre medidas a serem tomadas por diversas autoridades e Poderes.¹⁷³

Para a configuração do dever de legislar ou de expedir normas reguladoras e a possibilidade do vício de inconstitucionalidade por omissão, importam

¹⁷⁰ CAMPOS, 2016, p.17-18.

¹⁷¹ Ibid., p.53-54.

¹⁷² Ibid., p.54.

¹⁷³ Ibid., p.57-58.

mais: (i) a relevância constitucional e social dos direitos fundamentais em vez de critérios puramente semântico-estruturais; (ii) a ordem objetiva de direitos fundamentais em vez de tipos restritos de normas constitucionais; (iii) o dever de proteção aos direitos fundamentais em vez de um mandato específico e expresso de legislar. Assim, a configuração da omissão inconstitucional deixa de ser uma questão de haver o legislador ou o administrador cumprido ou não comandos constitucionais específicos e passa a evolver o grau de proteção normativa ao sistema de direitos fundamentais. A tutela insuficiente seria uma violação a esse sistema, configurando, desse modo, a omissão inconstitucional. No Brasil, com a Constituição de 1988, é plenamente válido falar em deveres de proteção no tocante aos direitos fundamentais, havendo inclusive dispositivo que consagra a teoria: o artigo 5º, inciso XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Ademais, a alusão à segurança, como direito fundamental social (artigo 6º), induz à ideia de o Estado ter não apenas a missão política, mas o dever jurídico geral de agir no plano social para proteger os indivíduos contra a violação dos seus direitos fundamentais. Desta forma, em nosso regime constitucional democrático, os poderes constituídos nunca estão livres para decidir se deve ou não editar as normas necessárias para a proteção desses direitos. Esse dever existe independentemente de enunciado normativo específico, não autoaplicável explícito nesse sentido.¹⁷⁴

Carlos Alexandre Azevedo Campos sustenta que o princípio da proporcionalidade deverá nortear o controle judicial na análise da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

175

Tem-se assim a ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais: o Estado só atuará legitimamente se oferecer, em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma proteção que observe as exigências do princípio da proporcionalidade. A finalidade é coibir a inação ou a atuação deficiente do Estado, exigindo-lhe a adoção de medidas normativas suficientes para alcançar uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. [...] Assim, quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreça a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental ou objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: (a) se a omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial ao direito fundamental que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).¹⁷⁶

Percebemos que, em que pese o Poder Executivo ser responsável pela escolha das políticas públicas a serem implementadas, caso haja omissão em garantir os mandamentos constitucionais, o Poder Judiciário poderá atuar, não como forma de substituir a vontade

¹⁷⁴ CAMPOS, 2016, p. 81-82.

¹⁷⁵ Ibid., p. 84.

¹⁷⁶ Ibid., p. 85-86.

discrecionária do administrador, mas sim visando garantir e efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tal como fundamentado no julgamento da ADPF nº 45, cuja base hermenêutica consolidou-se com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581 e da ADPF nº 347¹⁷⁷, demonstrando a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle da constitucionalidade das normas e de forma específica das políticas públicas, nas quais a omissão inconstitucional pode gerar verdadeira falha estrutural ensejando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.¹⁷⁸

2.2 O conceito/técnica do ECI e sua aplicação pela Corte Constitucional Colombiana (CCC)

O estado de coisas inconstitucional (ECI) é um termo originalmente utilizado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), a partir do julgamento *Sentencia de Unificación* (SU) 559 de 1997, fortalecendo-se com o julgamento da *Sentencia T-025*, de 2004 (cujos parâmetros abordaremos neste trabalho).

Sinteticamente, o conceito atrelado ao reconhecimento do ECI traz em seu bojo o reconhecimento de que o Estado, ao omitir-se na efetivação dos ditames constitucionais, descumprindo generalizada e sistematicamente direitos fundamentais, pode gerar uma situação grave de falhas estruturais¹⁷⁹ nas políticas públicas, cuja solução passa ao largo de ser alcançada individual ou isoladamente por um dos Poderes estatais ou uma das autoridades políticas da nação, dependendo de um complexo rol de ações a serem implementadas e executadas de forma conjunta e coordenada por diversas autoridades e Poderes estatais.¹⁸⁰

La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios

¹⁷⁷ O RE nº 592.581 e a ADPF nº 347 serão discutidos no capítulo 3 do presente trabalho.

¹⁷⁸ VIEIRA JÚNIOR, 2015. p. 10.

¹⁷⁹ “Essas falhas revestem-se, via de regra, como deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas. Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm raízes em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicos, em limitações das políticas públicas correspondentes, na falta de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltadas à superação dos problemas de direitos” (CAMPOS, 2016, p.93).

¹⁸⁰ Campos (2016, p.93) conceitua o estado de coisas inconstitucional “como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional”.

consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal *estado de cosas*.¹⁸¹

Conforme abordamos nos itens anteriores deste trabalho, a omissão inconstitucional, tanto relacionada à mora legislativa quanto à mora executiva gera violação de direitos fundamentais, não podendo o Poder Judiciário manter-se inerte ante o desrespeito à Constituição, devendo adotar um posicionamento ativo na defesa dos direitos fundamentais.

O reconhecimento do ECI é um mecanismo de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, nos casos em que a omissão inconstitucional não se restrinja à mora legislativa ou executiva, mas decorra de uma soma de ineficiências que origina uma verdadeira falta de coordenação entre os Poderes, gerando a necessidade de atuação em conjunto para superação de falhas estruturais em políticas públicas garantidoras da proteção de direitos fundamentais.

182

Carlos Alexandre de Azevedo afirma que é necessário:

[...] combater a visão tradicional da inconstitucionalidade por omissão como sendo algo definido por exclusão: ou é omissão legislativa, ou é administrativa. Este livro trabalha a ideia de poder a omissão inconstitucional decorrer da **falha de coordenação** entre Legislativo e Executivo, a implicar deficiências na consecução de políticas públicas. Muitas vezes, há lei e iniciativas administrativas para cumprimento dos comandos legais em favor da realização de direitos constitucionais, porém, o resultado é píffio, revelando-se a insuficiência na proteção estatal. A omissão não seria tanto por conta da falta de lei, e sim da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais, o que resulta em última análise, na insuficiência da atuação da norma constitucional de direitos regulada e cuja concretização se impõe. Tal situação, em muitos casos, mostra-se insistente, não demonstrando nem Legislativo nem Executivo capacidade institucional e disposição política para revertê-la. A omissão, implicando proteção deficiente de direitos fundamentais, se caracteriza como um quadro permanente de **falhas estruturais**.¹⁸³

O cenário permanente de falhas estruturais na efetivação de direitos fundamentais, decorrente de omissões inconstitucionais graves, generalizadas e sistemáticas gera a fundamentação fática e teórica para o reconhecimento da existência do ECI, legitimando

¹⁸¹ LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, p. 69-80, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016, p. 72.

¹⁸² CAMPOS, 2016, p. 57-58.

¹⁸³ Ibid., loc. cit.

medidas drásticas de enfrentamento a omissões geradoras das violações aos direitos fundamentais.¹⁸⁴

A Corte Constitucional Colombiana, desde a promulgação da nova Constituição da Colômbia, no ano de 1991, adotou uma posição ativista, especialmente “em dois campos de ação: o controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos”, conquistando grande popularidade ante sua “habilidade de estimular a discussão e engajamento por grupos da sociedade civil sobre questões proeminentes”.¹⁸⁵

A postura ativista da Corte Constitucional Colombiana proporcionou o ambiente necessário para atuar de forma pioneira no reconhecimento da existência do ECI, desenvolvendo seu conceito e aplicando-o em diversos casos, com a ambiciosa pretensão do desenvolvimento de “remédios estruturais” que solucionem as omissões do poder público em garantir e proteger os direitos fundamentais, suprindo a falta de um mecanismo coletivo de proteção de direitos sistematicamente violados e que atinjam um número elevado de indivíduos, podendo gerar demandas repetitivas.

O primeiro caso judicial em que a Corte Constitucional Colombiana aplicou o conceito ou técnica de julgamento do ECI foi a *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 6 de novembro de 1997, na qual houve o reconhecimento do descumprimento generalizado de obrigações previdenciária pelos municípios de María La Baja e Zambrano. No caso levado ao julgamento da Corte, quarenta e cinco professores ingressaram com a demanda para garantirem o cumprimento de seus direitos previdenciários, em razão de não receberem benefícios previdenciários, apesar dos descontos em seus salários¹⁸⁶, porém, constatou-se que a violação aos direitos não se limitava aos dos professores demandantes, mas sim se estendia a um número amplo de professores, gerando o que a Corte denominou de “dever de colaboração” entre os Poderes, visando regularizar a situação de todos os municípios que se encontrassem em igual situação, declarando a existência do “estado de coisas” contrário à Constituição, principalmente visando solucionar a situação para impedir uma sucessiva repetição de demandas individuais para proteção do direito violado.¹⁸⁷

¹⁸⁴ CAMPOS, 2016, p. 58.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 100.

¹⁸⁶ No caso, os municípios tinham o dever legal de realizar a filiação dos professores junto ao Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério, contudo, apesar de efetuar descontos previdenciários na folha salarial dos professores, os municípios deixaram de filiá-los junto ao sistema previdenciário, desviando a utilização do dinheiro descontado dos professores para a saúde.

¹⁸⁷ “El incumplimiento de la obligación de afiliar a docentes de centros educativos públicos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Sentencia SU-559 de 1997). En esta decisión, la Corte declaró el primer

Longe de restringir-se a afirmar a inobservância do dever de filiação dos professores demandantes ao fundo previdenciário, a Corte acusou o conjunto de razões por que os municípios demandados não conseguiam cumprir os seus deveres. Consignou que a violação de direito, embora praticada por esses municípios, tinha origem em defeito do próprio programa nacional de distribuição de recursos públicos para o financiamento do sistema educacional. Identificou os diferentes motivos que levaram a tal quadro, de forma a demonstrar claramente que, se a origem da violação não pode ser imputada a único órgão, a solução também não.¹⁸⁸

A complexidade da situação envolvendo a questão dos fundos previdenciários com violação objetiva dos direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas fez com que a Corte Constitucional Colombiana não limitasse a decisão às partes do processo, preocupando-se com o próprio funcionamento da Corte, protegendo-se contra demandas repetitivas e buscando resolver os problemas dos professores na mesma situação por meio de uma única decisão.¹⁸⁹

Lançadas as bases do ECI, a Corte novamente aplicou a original técnica de julgamento, por ocasião da Tutela 153, de 1998, (e também no julgamento das tutelas T-606, de 1998, T-607, de 1998, T-847, de 2000 e T-966, de 2000), reconhecendo a existência do ECI no sistema penitenciário colombiano, com a existência de falhas estruturais nas políticas públicas, geradoras de superpopulação e condições insalubres de cumprimento da pena, culminando em violação massiva dos direitos fundamentais dos presos no sistema penitenciário colombiano, ordenando ao Poder Público a tomada de medidas para sanar a situação.¹⁹⁰

A Corte Constitucional identificou que o quadro de superpopulação das penitenciárias colombianas implicava a violação massiva dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde, enfim, a amplo conjunto de direitos fundamentais. A violação massiva, pode-se dizer, estava dirigida à Constituição como um todo. Destacou a omissão permanente do Estado e da sociedade, verdadeira indiferença dos atores sociais e políticos ao que chamou de “tragédia diária dos cárceres”, de forma

ECI y ordenó la afiliación de los demandantes al Fondo. Además, al encontrar que la situación se extendía a un buen número de docentes y tenía origen en una falla estructural de políticas públicas, le otorgó a la administración pública un plazo prudencial para hacer los estudios y las apropiaciones necesarias para subsanarla”. GARAVITO, César Rodríguez. **¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento?** In Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia/coordinador César Rodríguez Garavito; Juan Carlos Guataquí ... [et al.]. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 441.

¹⁸⁸ CAMPOS, 2016, p. 122.

¹⁸⁹ Ibid., p. 123-125.

¹⁹⁰ La falta de garantía de las condiciones mínimas de vida digna de las personas detenidas en centros penitenciarios que presentaban hacinamiento crítico (tutelas T-153 de 1998, T-606 de 1998, T-607 de 1998, T-847 de 2000 y T-966 de 2000). En estas ocasiones, la Corte ordenó a los poderes públicos subsanar las fallas que motivaban estas condiciones, bajo el monitoreo de los organismos de control. (GARAVITO, 2009, p.441-442).

que o problema não era apenas de ordem pública, mas um grave problema social.¹⁹¹

A *Sentencia* T-153, de 1998, ao reconhecer a existência do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário colombiano foi uma das importantes decisões já emanadas pela Corte, contudo, não conseguiu solucionar completamente o problema carcerário da Colômbia, e por meio da “*Sentencia* T-388, de 2013, apesar de terem afirmado que a situação que justificou a decisão de 1998 houvera sido superada, os juízes identificaram que um novo e diferente ECI havia entrado em vigor, marcado, principalmente, pela questão da superlotação carcerária.”¹⁹²

Já na *Sentencia* T-762, de 2015, a Corte deixou mais claro que, apesar das nuances que pudessem diferenciar as questões enfrentadas nas *Sentencias* T-153 e T-388, importava mesmo reconhecer que o quadro de violação massiva decorrente de falhas estruturais no sistema carcerário colombiano persistia e que, por isso, políticas públicas, mais atentas a esses direitos deveriam ser formuladas.¹⁹³

O grande equívoco identificado no enfrentamento do ECI por meio da *Sentencia* T-153, de 1998, referente ao sistema carcerário colombiano foi o fato da Corte emitir as ordens estruturais a diversas autoridades públicas sem estabelecer os mecanismos adequados de supervisão da sua implementação.

A Corte pecou em acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas. Ela se descuidou com a real possibilidade de as autoridades públicas não cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas.¹⁹⁴

Visando corrigir o erro cometido na *Sentencia* T-153, de 1998 (consistente na falta de monitoramento das ordens proferidas), e manter o diálogo e a supervisão das medidas determinadas por meio das *Sentencias* T-388, de 2013, e T-762, de 2015, a Corte ordenou à *Defensoria del Pueblo* que criasse um grupo de monitoramento “devendo informar com periodicidade semestral sobre a evolução, acertos, erros e dificuldades da estratégia adotada pelos poderes públicos para superação do ECI”¹⁹⁵.

¹⁹¹ CAMPOS, 2016, p. 129.

¹⁹² Ibid., p. 133.

¹⁹³ Ibid., loc. cit..

¹⁹⁴ Ibid., p. 134.

¹⁹⁵ Ibid., p. 135.

A partir da constatação de seus próprios erros, a Corte Constitucional Colombiana aprimorou a técnica utilizada no reconhecimento do ECI.

Em outra situação, referente à Tutela 590, de 1998, a Corte Constitucional Colombiana declarou o ECI quanto à desproteção aos defensores dos direitos humanos, determinando que as autoridades pertinentes implementassem mecanismos de prevenção das violações aos direitos à vida, integridade física e psíquica dos defensores dos direitos humanos.¹⁹⁶

O caso envolveu pedido de tutela formulado pelo defensor de direitos humanos, Esteban Cancelado Gómez, que estava preso por haver supostamente praticado o delito de “rebelião”. Tendo sido presidente de uma organização não governamental voltada à defesa dos direitos humanos, Esteban investigou e denunciou violações de direitos humanos como os praticados durante os massacres ocorridos nos territórios de *Cauca* e *Triunfillo*. Muitas das pessoas que denunciou estavam detidas na mesma instituição carcerária em que se encontrava e faziam ameaças constantes de morte contra ele. Sentindo-se desprotegido, pediu transferência para uma prisão de segurança máxima ou prisão domiciliar. Os pedidos foram negados em diferentes oportunidades. Além de resolver a tutela de Cancelado Gómez, a Corte constatou a deficiência de políticas públicas de proteção dos defensores de direitos humanos no país. Assentou a omissão do Estado em proteger esses agentes não governamentais. [...] A falta de proteção estatal aos defensores de direitos humanos motivou a declaração do ECI.¹⁹⁷

Ainda em 1998, a partir do julgamento da Tutela 068 (e igualmente nas T-525 de 1997 e SU- 090 de 2008) a Corte Constitucional Colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional em relação a processos administrativos da Previdência Social, verdadeiro cenário de ineficiência quanto ao pagamento de pensões a grande número de pessoas da terceira idade, que necessitam de maior agilidade no reconhecimento de seus direitos, ordenando que as autoridades e entidades pertinentes corrigissem as falhas de organização e procedimento que impediam a pronta solução do problema.¹⁹⁸

O Governador alegou que estava impossibilitado de efetuar os pagamentos em razão de penhoras de rendas decorrentes da má gestão de governantes que o antecederam. Apontou a existência de débitos contraídos

¹⁹⁶ La desprotección de los defensores de derechos humanos (T-590 de 1998). Frente a esta situación, la Corte ordenó a todas las autoridades pertinentes implementar mecanismos de prevención de violaciones de los derechos a la vida, la integridad personal y la seguridad de los defensores de derechos humanos. (GARAVITO, 2009, p. 442).

¹⁹⁷ CAMPOS, 2016, p. 137-138.

¹⁹⁸ Las demoras y la marcada ineficiencia en la liquidación y pago de pensiones de jubilación (T-068 de 1998, T-525 de 1997 y SU- 090 de 2008). La Corte ordenó a las entidades correspondientes que corrigieran las fallas de organización y procedimiento que impedían la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones, y que destinaran el presupuesto necesario para cumplir con sus obligaciones. (GARAVITO, 2009, p. 442).

anteriormente e disse estar buscando solucionar o problema mediante a contratação de empréstimos em instituições financeiras. Não era a primeira vez em que se levou o tema à Corte, o que revelava o estado contínuo de violação dos direitos fundamentais dos aposentados e pensionistas. A Corte concluiu pela violação ao direito ao mínimo existencial dos aposentados e pensionistas, de modo que o Estado tinha o dever de diligenciar a qualquer custo para superar problemas orçamentários do Departamento de Bolívar, os juízes assentaram a prioridade em garantir as condições mínimas de sobrevivência dos aposentados e deixaram claro que o Departamento deveria buscar as alternativas necessárias para superar o ECI.¹⁹⁹

Por meio da *Sentencia de Unificación* (SU) 250, de 1999, a Corte Constitucional Colombiana declarou o ECI em razão da falta de realização de concurso para nomeação de notários públicos, fato que permitia que eles fossem designados e removidos do cargo por fatores subjetivos, ordenando a realização de concurso público de notarial.²⁰⁰

Declarado o ECI, a Corte, além de decidir o conflito individual suscitado no recurso de tutela, determinou fosse essa declaração notificada ao Superintendente de Notariado e Registro e ao Conselho Superior da Administração de Justiça, ordenando que convocassem, no prazo de seis meses, concursos abertos para notários. A ordem, todavia, foi cumprida apenas parcialmente. Permaneceu a controvérsia em torno da situação de notários que vinham exercendo o cargo há algum tempo sem concurso público. O Conselho Superior da Carreira Notarial apenas realizou certame para as serventias vagas, mantendo os notários não concursados no cargo. Ante tal quadro, novas tutelas foram propostas com o objetivo de questionar a manutenção do ECI e pleitear a abertura de concursos para todos os cartórios do país, como determinado na *Sentencia* SU-250, de 1998. A Corte reconheceu a continuação do ECI apesar de algumas medidas terem sido tomadas para cumprimento do decidido na *Sentencia* SU-250, de 1998. Os juízes não reconheceram o direito adquirido dos notários em exercício e assentaram que o cumprimento apenas parcial do comando da *Sentencia* SU-250 violava o princípio da igualdade. [...] Reconhecidas a manutenção do ECI e a necessidade de cessar a violação de direitos fundamentais, a Corte ordenou ao Conselho Superior da Carreira Notarial, na pessoa de seu Presidente, e ao Ministro da Justiça e do Direito que, no prazo máximo de três meses, promovessem concurso para o cargo de notário público em todo território nacional, advertindo-os do dever de dar cumprimento integral à decisão.²⁰¹

Por fim, a *Sentencia* T-025, de 2004, declarou o ECI em razão da grave e geral violação aos direitos das pessoas em condição de deslocamento interno forçado, trazendo em

¹⁹⁹ CAMPOS, 2016, p.139.

²⁰⁰ La falta de convocatoria a concurso para el nombramiento de notarios públicos (Sentencia SU-250 de 1999), que permitía que los notarios fueran designados o removidos del cargo por factores subjetivos. La Corte ordenó la realización del concurso público notarial. (GARAVITO, 2009, p. 442).

²⁰¹ CAMPOS, op. cit., p. 136-137.

seu bojo um elenco de condições fáticas que deverão estar presentes para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.²⁰²

Desta forma, por meio da *Sentencia* T-025, de 2004, a Corte proferiu um julgamento paradigmático ao reconhecer a existência do ECI no caso de deslocamento interno forçado de pessoas, e elencar fatores a serem considerados na caracterização de uma situação fática que gera o ECI.²⁰³

[...] a Corte identificou que a violação massiva dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas decorreu de problemas em todas as fases da política pública, a começar pelas deficiências das próprias medidas legislativas por meio das quais essas políticas foram formuladas [...] Esse quadro corresponde à ideia de **falhas estruturais**. Significa dizer: o ECI teve causa inicial na omissão legislativa inconstitucional, revelada pela formulação deficiente ou insuficiente de políticas públicas e consolidou-se com a configuração das falhas estruturais – falhas de um conjunto de atores e envolvidas as distintas etapas das políticas públicas –, o que legitimou a “colaboração harmônica” da Corte. O Estado não estava apenas executando ou financiando de forma insuficiente uma política pública, mas a própria política formulada era deficiente. [...] Ante o quadro, a Corte concluiu pela existência de um ECI e pela necessidade de intervir de modo a retirar as autoridades políticas da inércia. Sem exercer diretamente as competências dos outros poderes, a Corte exigiu que tomassem as providências necessárias em favor dos direitos das pessoas deslocadas. [...] Além de procurar resolver de imediato o caso dos demandantes, a Corte proferiu decisão interferindo na elaboração do orçamento público, exigindo atenção especial na destinação dos recursos para o auxílio e atenção à população deslocada. Também determinou fosse formulada nova política pública, desta feita adequada a superar satisfatoriamente a violação massiva de direitos das pessoas forçadas a sair de seus lares e a abandonar suas atividades econômicas em razão do problema social da violência interna. A Corte exigiu a produção de leis e de um marco regulatório eficiente de forma a proteger, além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais envolvidos.²⁰⁴

A evolução da Corte no julgamento da *Sentencia* T-025, de 2004, é principalmente notada pela preocupação em supervisionar o cumprimento das ordens emanadas, visando garantir sua eficácia. Para tanto, a Corte, desde abril de 2004, “realizou vinte audiências públicas com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil, nas quais deliberou sobre a adequação, o andamento e o aperfeiçoamento das políticas públicas formuladas”.²⁰⁵

²⁰² La violación masiva y grave de los derechos de las personas en condición de desplazamiento forzoso (*Sentencia* T-025 de 2004). (GARAVITO, 2009, p. 442).

²⁰³ GARAVITO, 2009. p. 435.

²⁰⁴ CAMPOS, 2016, p. 148-149.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 152.

A Corte Constitucional manteve a sua jurisdição com pretensão de monitorar a implementação de suas ordens, controlando as respostas e reações dos poderes políticos, até que tenham sido eliminadas as causas que geram o ECI. É o monitoramento com vista à superação do ECI.²⁰⁶

Percebemos uma nítida evolução na jurisprudência da Corte Colombiana quanto aos critérios de reconhecimento e sistematização dos requisitos de existência e superação do ECI, cuja base fática e teórica investigaremos com maior profundidade.

2.3 Condições para declaração do ECI

Conforme analisamos, o conceito e as condições para reconhecimento do ECI evoluíram de acordo com as decisões da Corte Constitucional Colombiana.²⁰⁷

César Rodríguez Garavito afirma que a Corte em sua primeira fase de jurisprudência, abrangendo o período de 1997 a 2003, aplicou a figura do ECI sem um trabalho cuidadoso de sistematização dos requisitos para declarar a sua existência e sua superação, o que somente ocorreu a partir da *Sentencia* T-025/2004.²⁰⁸

Esto no significa, sin embargo, que en esta etapa inicial la Corte no hubiese formulado elementos de juicio relevantes para extraer dichos criterios. En efecto, a lo largo de las sentencias previas a la T-025 de 2004, la Corte formuló criterios que serían recogidos en esta decisión y que dan sustento a la clasificación entre indicadores de proceso e indicadores de resultado q [...]. En cuanto a las variables de proceso, desde la primera sentencia que declara un ECI (la SU-559 de 1997), el tribunal constitucional se refirió a las fallas estructurales de la política pública sobre pensiones como un elemento que justifica la declaración (y posible continuación) de un ECI.²⁰⁹

Para caracterização do ECI não basta a mera omissão inconstitucional, devendo caracterizar uma verdadeira falha estrutural que, para ser sanada, necessita de remédios estruturais, verdadeira cooperação entre os Poderes, agindo de forma coordenada para sanar a grave e geral violação de direitos fundamentais, resolvendo verdadeiros litígios estruturais.

Cesar Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez definem as características dos litígios estruturais da seguinte forma:

Se trata de casos caracterizados por: 1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa, 2) involucrar varias entidades

²⁰⁶ CAMPOS, 2016, p. 152.

²⁰⁷ CAMPOS, 2016, p. 177.

²⁰⁸ GARAVITO, 2009. p. 442.

²⁰⁹ Ibid., p. 442.

estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, y 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto). En este sentido, cuando hablamos de activismo judicial, nos referimos principalmente a la intervención de los jueces en este tipo de casos.²¹⁰

A *Sentencia* T-025/2004 sistematizou os requisitos para verificação fática do estado de coisas inconstitucional²¹¹, a saber: a) violação massiva e generalizada de diversos direitos constitucionais, afetando um significativo número de indivíduos, que para terem efetivado seu direito, necessitam socorrer-se da tutela judicial; b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir e efetivar os direitos, omitindo-se quanto à adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; c) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; d) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva e individual pela proteção jurídica.²¹²

La figura del estado de cosas inconstitucional (ECI) ha sido uno de los aportes fundamentales del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia y la discusión internacionales sobre la protección de los derechos humanos. Mediante ella, la Corte Constitucional ha enfrentado situaciones especialmente visibles y graves de violación de derechos, que suelen ser tratados en el constitucionalismo comparado bajo el nombre de “casos estructurales”.¹ Se trata de casos caracterizados por (1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa, (2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas y (3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto).²¹³

²¹⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 16-17.

²¹¹ Antes do julgamento da *Sentencia* T-025/2004 o julgamento da SU 09/2000 havia determinado os seguintes fatores a serem considerados para declaração do estado de coisas inconstitucional: “(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas — que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales— y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales” (*Sentencia* SU-090 de 2000). (GARAVITO, 2009, p.444)

²¹² CAMPOS, 2016, p.177-178.

²¹³ GARAVITO, 2009. p.435.

Portanto, a primeira condição a ser verificada para existência do ECI é a ocorrência de falhas estruturais nas políticas públicas de um país, que ensejem graves e massivas violações dos direitos fundamentais.

O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas. Além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em determinado processo, a investigação da Corte revela quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. A violação se apresenta como grave problema não apenas jurídico, mas social. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que fecharia os olhos para a vulneração da Constituição como um todo, do projeto constitucional de garantia e gozo de direitos fundamentais. A Corte deve conectar-se com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não apenas com aspectos subjetivos ou vinculados a tipos específicos de enunciados constitucionais.

²¹⁴

A segunda condição que deverá estar presente para o reconhecimento do ECI é a omissão inconstitucional reiterada e que perdure por tempo razoável, determinando o não cumprimento dos preceitos constitucionais e a violação aos direitos fundamentais. Conforme verificamos, a omissão inconstitucional de diversas autoridades e Poderes institucionais pode gerar um cenário de violação massiva de direitos fundamentais, não apenas formalmente contrária aos preceitos constitucionais e nem mera proteção ineficiente de direitos, mas verdadeiro impedimento à garantia e efetivação de direitos fundamentais atrelados a um número amplo e indeterminado de pessoas, ocasionando falhas estruturais na proteção dos direitos fundamentais.²¹⁵

A falha estrutural configura-se, normalmente, como ausência ou deficiências de políticas públicas. Consideradas a falta de medidas legislativas e regulamentares, a ineficiência administrativa, a precária estrutura ou dinâmica defeituosa das instituições, o ECI pode originar-se, especificamente, de problemas com o ciclo das políticas públicas – suas fases de formulação, implementação e avaliação. Há a necessidade de a Corte dar respostas que aproveitem a todos que estejam alcançados pelo quadro de violação massiva e contínua de direitos. Interferir nas políticas públicas necessárias, cuidando da dimensão objetiva desses direitos, significa proferir decisões que, em vez de imporem obrigações ao Estado em favor de determinados indivíduos, buscam solucionar o estado inconstitucionalidade em favor de todos, igualmente.²¹⁶

²¹⁴ CAMPOS, 2016, p.181.

²¹⁵ Ibid., p. 180.

²¹⁶ Ibid., p. 182.

A terceira condição para declaração do ECI está intimamente relacionada com a segunda condição, relacionando-se “com as medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, especialmente se considerarmos falhas estruturais como deficiências no ciclo das políticas públicas”.²¹⁷

A solução das falhas estruturais não dependerá da atuação de apenas uma autoridade ou um dos Poderes institucionais, mas sim da atuação coordenada dos atores envolvidos, sendo necessárias “novas políticas públicas ou correção das defeituosas, alocação de recursos, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, enfim, mudanças estruturais”²¹⁸, que somente serão alcançadas por meio da imposição de remédios estruturais.

A quarta condição para reconhecimento do ECI “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”²¹⁹, fator que prejudicaria a funcionalidade da Corte.

Percebemos, ao cotejar as condições para reconhecimento do ECI, que, ao declará-lo, a Corte reconhece a existência de um litígio estrutural, cuja solução depende de complexas e coordenadas medidas de diversas autoridades e Poderes.

Interessante questionamento trazido por César Rodríguez Garavito quanto à necessidade de estarem presentes todos os requisitos sistematizados por meio da *Sentencia T-025*, de 2004, como pressupostos fáticos a justificar a declaração do ECI ou se bastaria a existência de alguns deles. Para o doutrinador, a resposta depende da concepção sobre o significado do ECI.²²⁰

Si, como se hace en este capítulo, se defiende una visión del ECI como mecanismo fundamental pero excepcional de protección de los derechos, entonces se debe proponer también un estándar exigente, esto es, que concurren todas las situaciones enumeradas en la T-025 como condición para declarar el ECI. En otras palabras, la existencia de estas circunstancias son condiciones *necesarias* para la declaratoria, lo que significa que, si falta alguna, el ECI no procede. Como se explicó, esta concepción está animada por los objetivos de mantener y profundizar la eficacia del ECI, y de reforzar la capacidad y legitimidad de la Corte en el uso de la figura.

Nestes termos, o ECI deve ser entendido como mecanismo a ser utilizado em uma situação extrema e grave de falha estrutural, que gera violações de direitos fundamentais que não serão superadas sem a tomada de medidas igualmente extremas.

²¹⁷ CAMPOS, 2016, p. 183.

²¹⁸ Ibid., p. 184.

²¹⁹ Ibid., p. 185.

²²⁰ GARAVITO, 2009, p. 446.

Esta visão fortalece a figura do ECI, pois, presentes as condições sistematizadas por meio da *Sentencia* T-025, de 2004, a Corte Constitucional, não somente pode, como deve declarar a existência do ECI, como única forma de garantir a aplicação dos direitos fundamentais.²²¹

Esto es así porque, con base en la sistematización de los elementos de juicio explícitos e implícitos en la jurisprudencia de la Corte, sostengo que las circunstancias enumeradas en la T-025 no son sólo condiciones necesarias sino también *suficientes* para declarar un ECI.²²²

As condições para decretação do ECI devem ser necessárias e suficientes, com vistas a fundamentar de modo transparente e coerente esta nova figura.²²³

Esta figura no deja de ser controversial, puesto que rompe con los esquemas tradicionales de los efectos interpartes que caracterizan los fallos de tutela, teniendo en cuenta que en el marco de la declaratoria de un estado de cosas contrario a la Constitución, la Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país, adoptando decisiones que van más allá del caso concreto y exigiendo el trabajo en conjunto de diferentes autoridades públicas, con el fin de modificar una realidad que resulta abiertamente contradictoria a los principios constitucionales de un Estado Social de Derecho como el nuestro.²²⁴

O reconhecimento do ECI possui uma função jurídica e política de caráter fundamentalmente prático, impulsionando desenvolvimento e implemento de políticas públicas estatais necessárias a cessar a situação geradora de violação generalizada de direitos fundamentais, de tal sorte que para sua execução é imperioso que se promova um processo de colaboração entre os todos os Poderes, órgãos e autoridades políticas envolvidas, de todos os níveis federativos, buscando superar o ECI.²²⁵

En otras palabras, aunque uno de sus efectos importantes es hacer visible situaciones graves de violaciones de derechos, el ECI tiene una finalidad pragmática, esto es, resolver un problema concreto – en este caso, la violación de derechos de las personas desplazadas–, antes que una finalidad de denuncia.²²⁶

²²¹ GARAVITO, 2009, p. 446.

²²² Ibid., loc. cit..

²²³ Ibid., p. 447.

⁷⁴ LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2011, p. 73.

²²⁵ GARAVITO, op. cit., p. 438.

²²⁶ Ibid., loc. cit.

César Rodríguez Garavito sustenta que a função jurídica e política inerente ao ECI, atribuí a ele um caráter excepcional, por três razões: a) implica uma intervenção considerável da Corte Constitucional nos processos de políticas públicas que envolvam o Governo e o Congresso, por este motivo e considerando o princípio da separação entre os Poderes, aconselha-se administrar com prudência o uso deste mecanismo; b) a Corte Constitucional, assim como qualquer outro tribunal, possui capacidades institucionais limitadas, devendo superar suas próprias limitações funcionais e práticas, posto que a complexidade e magnitude dos problemas sociais que ensejam a declaração do ECI geram grande esforço da Corte, que deverá determinar e acompanhar as medidas necessárias para solução da omissão inconstitucional, estabelecendo o diálogo e coordenação entre diversos Poderes, órgãos e autoridades, procedimento sem o qual o ECI se torna “letra morta”; c) do ponto de vista político, a aplicação da figura do ECI implica um custo para a Corte, posto que explicita o fracasso das políticas governamentais, além de ser um mecanismo que pode se estender durante anos e quanto maior o tempo gasto na implementação das medidas necessárias a superar o ECI, maior será a probabilidade de desgaste da Corte e do ECI e maior será o rigor com o qual os atores políticos e privados irão analisar a eficácia da figura para tratar do problema.²²⁷

O ECI não deve ser considerado como um “mecanismo mágico”, de uso indiscriminado, para solução de todos os problemas sociais de um determinado país, mas sim, sua utilização deve ser de forma excepcional, de maneira que consiga cumprir de forma eficaz a sua função de promover solução das violações generalizadas dos direitos fundamentais, principalmente de grupos de pessoas em situação de maior vulnerabilidade.²²⁸

Diante da gravidade do reconhecimento da total falha estrutural do Poder Público em garantir a efetivação dos direitos fundamentais, bem como do grande esforço institucional para coordenação dos diversos atores políticos e medidas necessárias à superação do ECI, César Rodríguez Garavito compara a utilização do mecanismo de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional à figura do estado de exceção.

En este sentido, sostengo que el ECI es una figura análoga, pero de signo opuesto, a la figura excepcional clásica del constitucionalismo moderno: el estado de excepción, mediante el cual el Ejecutivo concentra temporalmente poderes y suspende algunos derechos constitucionales por razones de orden público o emergencia económica. Como el estado de excepción, el ECI debe ser utilizado con prudencia y tiene una duración finita (aunque mucho más

²²⁷ GARAVITO, 2009, p. 438-439.

²²⁸ Ibid., p. 439.

prolongada que los pocos meses durante los cuales las constituciones contemporáneas permiten la vigencia de un estado de excepción). Puesto en otros términos, al igual que los estados de excepción (o las acciones afirmativas para impulsar la igualdad real, que también son medidas provisionales), el ECI tiene sentido en la medida en que sirva para promover las condiciones que lo hagan innecesario. Por tanto, la declaratoria de cesación de un ECI, si está fundada en la superación de las violaciones de derechos que la ocasionaron, es un indicador de éxito y utilidad de la figura. La situación contraria –el mantenimiento indefinido de múltiples ECI y su utilización simultánea en muchos temas estructurales – no sólo sería un síntoma de la ineficacia del mecanismo, sino que también generaría su devaluación constitucional y política.²²⁹

Na evolução da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, verificamos que nem sempre estiveram presentes as condições necessárias e suficientes para declaração do ECI, como no caso da *Sentencia* SU-250, de 1999, que tratou da ausência de concurso público para nomeação de notários, em que pese a relevância da matéria, com a abertura de concursos públicos primando pela transparência e mérito para nomeação de notários, não havia, no caso concreto, grave e massiva violação de direitos fundamentais apta a ensejar o manejo do mecanismo trazido pelo ECI.²³⁰

[...] as omissões estatais inconstitucionais, *a fortiori*, aquelas que culminam em um ECI, devem assim ser reconhecidas não em função pura e simplesmente do texto normativo, mas também das deficiências da transformação desse texto em realidade normativa. Se o cumprimento do comando constitucional sobre direitos fundamentais, por parte dos poderes constituídos, revela-se parcial ou insuficiente, tem-se uma realidade normativa contrária à Constituição. O grau dessa contradição, sua extensão e os fatores políticos-institucionais envolvidos revelarão se essa contradição empírica e normativa chega a ser caracterizada como um ECI. Quando presentes os fatores ora apontados, deverá o juiz constitucional, mediante a ação adequada, declarar o ECI e tomar as medidas estruturais adequadas voltadas à superação desse quadro.²³¹

De grande relevância, portanto, a sistematização e a verificação das condições para o reconhecimento da existência do ECI, não devendo ser permitida a banalização da utilização desse importante mecanismo, que deverá ser destinado à correção e/ou implementação de políticas públicas voltadas a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

2.4 Ativismo judicial estrutural dialógico, democracia e separação dos poderes

²²⁹ GARAVITO, 2009, p. 439.

²³⁰ Ibid., p. 447.

²³¹ CAMPOS, 2016, p. 186-187.

As críticas mais recorrentes à declaração do ECI se referem ao ativismo judicial e à violação à separação dos poderes, trazendo questionamentos político-democráticos, bem como à capacidade institucional do Poder Judiciário.²³²

A etimologia da palavra democracia repousa em origem grega *demokratía* que é composta por *demos*, significando povo e *kratos*, que significa poder.

Trata-se de movimento contínuo, de constante transformação e sujeito ao conflito, de construção de autonomia e de distribuição democrática do poder, o próprio conceito de democracia, de definição muito densa, como poder que emana do povo, se apresenta como um método de construção de vínculos sociais, sobretudo, de consensos sociais.²³³

Na lição de Claudinei J. Göttems e Fernando de Brito Alves, temos que:

Concepções de democracia, no senso comum teórico, estão sempre ligadas a dois fenômenos distintos. Se de um lado ocorre a valorização do seu sentido etimológico para designar o “governo do povo”, ou aquela forma de organização do Estado em que ocorre ampla participação popular, de outro, significa o modelo de organização do Estado em que os representantes são eleitos, através de concorrências públicas, organizadas especialmente para tal finalidade. [...] Qualquer regime que se pretenda ser considerado adequadamente democrático deve construir um espaço de ação política amplamente maior que outras formas de organização política do Estado e procurar, em alguma medida, denotar “justiça política” [...] ²³⁴

Não se pretende, por meio deste trabalho, analisar de forma profunda as várias formas de concebermos a democracia, mas sim enfatizar que o sistema de democracia procedimental, considerada apenas sob a premissa do governo da maioria, não é “suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura a igualdade política.”²³⁵

Ou seja, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores e não necessariamente o bem-comum ou o interesse de todos, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos. Por esta razão, nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente

²³² CAMPOS, 2016, p. 217-218.

²³³ MENDES, Geisla Aparecida Van Haandel; MENDES, Ubirajara Carlos. Configuração democrática participativa. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 17, p. 143-162, 2012, p. 145.

²³⁴ GÖTTEMS, Claudinei J.; ALVES, Fernando de Brito. **Educação para a democracia**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc528592c3858f90>. Acesso em: 09 set. 2015.

²³⁵ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, n.56, p. 151-176, jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151/13675>. Acesso em: 22 dez. 2016, p. 152.

todos, devem ser protegidos. E é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição. [...] Equivale dizer que, para a teoria do Constitucionalismo, é necessário mais do que um procedimento democrático adequado para se alcançar resultados justos, sendo também necessários juízos de valores substantivos, que levem em consideração os resultados a ser alcançados. Os valores substantivos escolhidos pela sociedade são alçados ao status de direitos fundamentais numa Constituição rígida e estes, por sua vez, funcionam como limites materiais à deliberação democrática. Nesta ótica, o Poder Judiciário (ou a Corte Constitucional) é o intérprete final da Constituição, razão por que ela própria lhe assegura competência para controlar os atos emanados do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.²³⁶

A chamada democracia procedimental é contrária ao ativismo judicial, defendendo que o princípio democrático é resguardado a partir do procedimento que garanta a participação do povo na deliberação daqueles que serão eleitos.

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De acordo com esta teoria, o Poder Judiciário deve apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático.²³⁷

As Cortes, ao declararem o ECI, agem como atores políticos, interferindo intensamente no ciclo das políticas públicas, inclusive controlando sua implementação, fator que, para alguns, determinaria a ilegitimidade de sua atuação, posto que haveria usurpação dos poderes conferidos constitucionalmente ao Legislativo e ao Executivo, cujos membros são eleitos democraticamente, em clara violação ao princípio da separação dos poderes. Faltaria, portanto, legitimidade democrática aos juízes para definirem as políticas públicas a serem implementadas, haja vista que não seriam eleitos pelo voto popular, não sendo responsáveis perante o povo e ainda, faltaria legitimidade institucional para os juízes e Cortes decidirem a respeito das políticas públicas, tendo em vista que o Legislativo e o Executivo seriam providos de maiores expertises para decidirem sobre o ciclo das políticas públicas.²³⁸

A democracia procedimental surge como oposição ao ativismo judicial americano, ou seja, acusa-se o sistema de controle jurisdicional das leis para

²³⁶ KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 152.

²³⁷ Ibid., p. 153.

²³⁸ CAMPOS, 2016, p. 214.

garantia da Constituição americana de antidemocrático, posto que era inaceitável a “interpretação juridicamente vinculativa, do sentido material de normas constitucionais de conteúdo vago, por um grupo de juízes não-eleitos e irresponsáveis perante os eleitores”. Os defensores desta concepção de democracia veem o controle de constitucionalidade das leis como antidemocrático, ou seja, a ideia de que um grupo de juízes não eleitos pelo povo não poderia limitar o que foi escolhido pelos representantes do povo, por meio do Parlamento, sob pena de ofensa ao princípio democrático.²³⁹

Conforme investigamos neste trabalho, ao tratar a respeito dos limites do controle judicial sobre a discricionariedade do Estado na escolha da política pública, o professor Valter Foleto Santin afirma não haver diferença de grau entre os agentes públicos eleitos, exercendo mandato popular, e os juízes, legitimados pela própria Constituição, por força do sistema de aprovação em concurso público, conferindo aos juízes, agentes políticos não eleitos pelo povo, um poder institucional, verdadeiro “mandato institucional”, com legitimação semelhante aos agentes políticos eleitos pelo povo, com legitimidade para garantir a efetivação dos direitos fundamentais.²⁴⁰

Mesmo alguns defensores da democracia procedimental, como John Hart Ely, Habermas e Carlos Santiago Nino, “admitem o papel da Jurisdição Constitucional enquanto garantidora do procedimento democrático e, portanto, acabam por permitir que a Jurisdição Constitucional venha a proteger os direitos fundamentais que garantem o processo democrático”.²⁴¹

Logo, em que pese a importância das garantias e direitos protegidos segundo a teoria procedimentalista, permitindo a segurança jurídica e a obediência ao princípio da igualdade das partes, tem-se que tais garantias procedimentais não são suficientes para atender nossa sociedade, primordialmente desigual. O princípio da igualdade entre as partes não é suficiente para garantir o direito à igualdade, havendo necessidade de uma discriminação ativa, na busca de uma igualdade material e, portanto, permitindo-se um julgamento de valores por parte do Judiciário, na definição do direito à igualdade no processo democrático.²⁴²

O Ministro Luís Roberto Barroso ao discorrer sobre a importância do Poder Judiciário na efetivação e garantia dos direitos fundamentais, afirma que:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria

²³⁹ KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 153-154.

²⁴⁰ SANTIN, 2004, p. 224.

²⁴¹ KOZICKI; BARBOZA, op. cit. p.154.

²⁴² Ibid., p, 155.

atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.²⁴³

Sobre a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição, Eduardo Cambi ensina que:

*O neoconstitucionalismo e o neoprocessoalimento trazem, como consequência, a expansão da jurisdição constitucional. A crise da democracia representativa e a necessidade de levar a sério à Constituição, especialmente em países de modernidade tardia, reclamam a revisão do princípio da separação dos poderes.*²⁴⁴

Desta forma, a defesa dos direitos fundamentais das minorias não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário, justificando o ativismo judicial para proteção de direitos não resguardados pelo princípio da igualdade democrática, especialmente considerando que as minorias, pobres e estigmatizadas, nem sempre possuem representantes aptos a garantir seus direitos junto ao parlamento e à administração pública.

Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma decisão é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. [...] Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los. [...] O acesso aos tribunais pode ser caro, de modo que o direito de acesso é, dessa maneira, mais valioso para os ricos do que para os pobres. Mas como, normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres. Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharam em poder político, na

²⁴³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 12 Mai. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. p. 41-42.

²⁴⁴ CAMBI, Eduardo, 2012, p. 88.

medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que a decisão dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas.²⁴⁵

O ativismo judicial pode ser definido a partir de cinco premissas normativas:

Tendo em conta a realidade decisória das cortes contemporâneas, quando expandem seu espaço institucional e a influência sobre os outros poderes de governo, é possível fixar cinco premissas normativas para a definição do que seja ativismo judicial: a primeira premissa – o ativismo judicial é uma questão de *postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais*; - a segunda – o ativismo judicial *não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo*; a terceira aponta o *caráter dinâmico e contextual* da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta identifica-se como a *pluralidade das variáveis* contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; e a última: o ativismo judicial se manifesta como uma *estrutura adjudicatória multidimensional*. A partir dessas cinco diretrizes, defino o *ativismo judicial* como o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.*²⁴⁶

Evidente que a atuação judicial ao reconhecer a existência do ECI é ativista, contudo, a ação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais sistematicamente violados não deve ser entendida como ilegítima, ainda mais considerando a real situação de países como o nosso, nos quais a violação aos direitos constitucionalmente previstos é recorrente.²⁴⁷

[...] sobre las intervenciones judiciales en casos estructurales—, frente a las críticas según las cuales el activismo judicial invade las competencias de los funcionarios del Ejecutivo y el Legislativo que son elegidos popularmente —y, por tanto, resulta injustificado en una democracia—, señalamos casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporâneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los derechos constitucionales. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional — que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes—, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos.²⁴⁸

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 31-32.

²⁴⁶ CAMPOS, 2016, p. 220.

²⁴⁷ Ibid., p.219.

²⁴⁸ GARAVITO; FRANCO, 2010, p.17.

Ao declararem o ECI, a demonstração de poder político-normativo de juízes e cortes está evidenciada, cuja pretensão é ambiciosa – solucionar tutelas estruturais que envolvem décadas de omissão do Poder Público e descaso com a defesa e garantia de direitos fundamentais, por esta circunstância, o ativismo judicial ao declarar o ECI deve ser categorizado como ativismo judicial de tipo estrutural.²⁴⁹

A dimensão estrutural do ativismo judicial é a que melhor caracteriza a postura judicial na declaração do ECI. Ao interferir no ciclo das políticas públicas – na agenda do governo, na formulação, na implementação e no monitoramento dos resultados -, as cortes constitucionais atuam em esferas de ação próprias do Executivo e do Legislativo: identificam omissões e falhas estruturais; apontam a ineficiência ou mesmo a inexistência de políticas públicas e relacionam a violação massiva de direitos fundamentais a essas falhas; determinam sejam formuladas normas e ações administrativas dirigidas à superação da proteção deficiente de direitos fundamentais; direcionam a alocação de recursos orçamentários; monitoram a implementação das políticas determinadas, controlando o sucesso dos resultados das ordens que emanam. Enfim, as cortes assumem funções tipicamente legislativas e administrativas. Saber se isso se mostra legítimo ou ilegítimo é algo a ser verificado em cada caso, no entanto, não se pode negar tratar-se de ativismo judicial na dimensão estrutural por excelência.²⁵⁰

Ademais, não será atribuído aos juízes um poder absoluto, destacando-se a função interpretativa dos preceitos constitucionais, que deverão orientar a atuação jurisdicional na defesa dos direitos fundamentais das minorias.²⁵¹

Sobre o neoconstitucionalismo e a necessidade de atuação do Poder Judiciário para efetivação dos direitos fundamentais, Eduardo Cambi ensina que “o respeito da democracia, em sentido substancial, justifica o *protagonismo judicial responsável*”.²⁵²

Carlos Alexandre de Azevedo Campos chama a atenção para o aumento de poder político-normativo dos juízes e cortes ao declararem o ECI, especialmente pelo fato de emitirem ordens estruturais que interferem diretamente na elaboração e implemento das políticas públicas, demandando um desafio em alcançarmos o equilíbrio entre a “função judicial e a função política”, somente alcançável, segundo o autor, “se o ativismo judicial não se converter em supremacia judicial”, como forma de um ativismo judicial antidialógico.²⁵³

Portanto, o ativismo judicial estrutural poderá ser legitimamente sustentado a partir da ideia do “diálogo entre os poderes”, com a expedição de sentença estruturais, verdadeiras

²⁴⁹ CAMPOS, 2016, p.220-221.

²⁵⁰ Ibid., p. 224.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. The Moral Reading of the American Constitution. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996, p. 10.

²⁵² CAMBI, Eduardo, 2012, p. 93.

²⁵³ CAMPOS, op. cit., p. 219-220.

macrosentenças, que envolvem medidas a serem tomadas e executadas por diversos atores políticos para solução do litígio estrutural a ser superado.

O litígio estrutural é, em sua essência, public law litigation e vincula o ECI à fixação de structural remedies (remédios estruturais): structural injunctions. A declaração do ECI, com a afirmação de seus pressupostos, configura uma “senha” ou um “passaporte” para as cortes proferirem sentenças estruturais. As “ordens estruturais” são comandos voltados a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam a public law litigation. Não se trata apenas de determinar obrigações de fazer dirigidas às autoridades públicas para o cumprimento de prestações específicas. As structural injunctions voltam-se à reestruturação de instituições de governo, às alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais, que podem alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias. São remédios transformativos: buscam “reformas estruturais”.²⁵⁴

No cenário do ECI, ordens judiciais “preventivas ou reparatórias não são capazes de remediar o quadro de violação de direitos, havendo necessidade de mudanças institucionais, de remédios ajustados aos fins transformativos”.²⁵⁵

César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco afirmam que a sentença estrutural:

Se trata de una verdadera “macrosentencia” por 1) el tamaño de la población beneficiaria, 2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, 3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y 4) la ambición y duración del proceso de implementación de las órdenes [...]²⁵⁶

A partir de ordens estruturais, as Cortes pretendem resolver violações sistemáticas e reiteradas a direitos fundamentais em países cujos bloqueios institucionais impedem o correto desenvolvimento de políticas públicas.²⁵⁷

O julgamento da *Sentencia* T-025, de 2014, foi a mais marcante demonstração de macrosentença a ser implementada com sucesso, proporcionando o diálogo entre diversas autoridades, poderes e sociedade civil visando à solução do litígio estrutural.

[...] la T-025 es tal vez el intento judicial latinoamericano más explícito y sistemático por asegurar la implementación de una macrosentencia. Como se verá, durante el periodo de seis años analizado en este libro (enero de 2004 a

²⁵⁴ CAMPOS, 2016, p. 188-189.

²⁵⁵ Ibid., p. 190.

²⁵⁶ GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 14.

²⁵⁷ Com a sentença estrutural a Corte visa transformar o sistema deficitário no qual está inserida a falha estrutural e para tanto elabora um plano que deverá ser executado de forma coordenada pelas partes envolvidas no litígio, estipulando-se etapas a serem cumpridas, devendo monitorar o desenvolvimento do cumprimento da decisão. Com efeito, ao proferir uma macrosentença, a Corte retém sua jurisdição, visando acompanhar o efetivo cumprimento das ordens estruturais.

enero de 2010), la Corte Constitucional mantuvo jurisdicción sobre el caso para impulsar el cumplimiento de sus órdenes, a través de 84 decisiones de seguimiento (autos) y 14 audiencias públicas de discusión, que hicieron balances del trabajo del Gobierno, y ha dictado nuevas órdenes para impulsar la protección de los derechos de la población desplazada.²⁵⁸

O diálogo institucional, proposto para superação do ECI, é alcançado por meio de ordens flexíveis e também pelo procedimento de monitoramento da implementação das decisões, desde que aberto à discussão com os poderes políticos e com os setores interessados da sociedade. Ao assim fazê-lo, além de assegurar a legitimidade democrática de sua intervenção, as cortes aumentam as chances de efetividade das decisões. Legitimidade e efetividade caminham, desta forma, juntas.²⁵⁹

O ativismo judicial é legítimo quando inserido em um contexto institucional, político, social e jurídico-cultural que demanda a atuação do Poder Judiciário de forma excepcional e última, visando garantir a efetivação dos direitos fundamentais das minorias, sistematicamente violados devido a falhas estruturais.²⁶⁰

De fato, as condições presentes para o reconhecimento do ECI, tal como investigamos no presente trabalho, demonstram uma profunda ineficiência do Poder Público em elaborar e implementar as políticas públicas, violando sistematicamente direitos fundamentais de um número indefinido e amplo de pessoas, colocando-as em situação de grave vulnerabilidade.

A declaração do ECI reconhece que o Estado apresenta situações crônicas de mau funcionamento, revelando que os poderes Legislativo e Executivo não estão desempenhando a contento suas qualidades representativas e institucionais e ante a reiterada omissão em realizar os direitos fundamentais, culminando em “verdadeiros bloqueios políticos e institucionais”, não podendo manter-se inerte o Poder Judiciário, sob pena de vedar o acesso aos direitos fundamentais a uma extensa camada da população.²⁶¹

El nuevo activismo judicial, por tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal o esté dotada de todas las herramientas para cumplir la tarea, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los

²⁵⁸ GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 14.

²⁵⁹ CAMPOS, 2016, p. 215.

²⁶⁰ Ibid., p. 221.

²⁶¹ CAMPOS, op. cit., p. 215.

mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia.²⁶²

Discorrendo sobre o cenário político que levou a Corte Colombiana a declarar o ECI Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma que:

A Corte Constitucional detectou violação massiva e sistemática de direitos, bem como falhas estruturais do aparato estatal que acreditou justificarem que tomasse as medidas ordenadoras de políticas públicas, de alocação de recursos e de implementação de direitos que deveriam caber, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Do ponto de vista pragmático, os casos apontam que a violação de direitos permaneceria se não fosse a intervenção da Corte.²⁶³

A legitimidade do ativismo judicial estrutural não deve ser aferida ou refutada aprioristicamente, mas sim deve ser analisada no contexto em que o ativismo é desenvolvido. Gelson Amaro de Souza e Karina Denari Gomes de Mattos afirmam que:

Quando estão em jogo os direitos fundamentais ou o procedimento democrático, admite-se uma atuação contramajoritária do Poder Judiciário, e esta é sua função. Porém, juízes e tribunais devem acatar escolhas legítimas do legislador, não sobrepondo sua opção política à legitimidade de atuação dos demais Poderes.²⁶⁴

Através de nossas investigações sobre o ativismo judicial, democracia e separação de poderes, verificamos que a proposta de ativismo judicial voltada para efetivação de direitos fundamentais não é estranha à doutrina brasileira e à atuação do Poder Judiciário na defesa dos preceitos constitucionais, em casos de atuação ou omissão inconstitucional dos Poderes Executivo e Legislativo na defesa dos direitos fundamentais.²⁶⁵

A realidade de omissão inconstitucional que origina o ECI é uma circunstância decisiva na sua legitimidade, haja vista a inexistência de atuação legítima dos poderes Legislativo e Executivo, que legitimam o ativismo judicial, podendo-se categorizá-lo como “ativismo de tipo estrutural”²⁶⁶, por meio do qual a Corte determina a expedição de remédios

²⁶² GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 39 .

²⁶³ CAMPOS, 2016, p. 215.

²⁶⁴ SOUZA, Gelson Amaro de; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Supremo Tribunal Federal: o caso paradigmático da corte constitucional Brasileira. **Revista Jurídica da Presidência**, v.12, n. 98, out. 2010/jan. 2011. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/166/158>. Acesso em: 22 dez. 2016, p.422.

²⁶⁵ “Efetividade dos direitos fundamentais. Judiciário ativo e responsável. Processo justo, participativo e democrático. Eis alguns dos caminhos que a doutrina deve trilhar para o aperfeiçoamento do sistema jurídico e para a transformação da realidade com justiça social.” (CAMBI, Eduardo, 2012, p. 94)

²⁶⁶ O ativismo judicial estrutural visa, precipuamente, a proteção das minorias, pessoas em situação de vulnerabilidade ante a omissão inconstitucional do Poder Público na defesa e garantia de seus direitos e que necessitam de maior proteção em face ao abuso de seus direitos.

estruturais que interferem em decisões próprias do Executivo e do Legislativo, incidindo sobre o ciclo das políticas públicas, como forma de efetivação e garantia de direitos fundamentais sistematicamente violados.²⁶⁷

[...] a declaração do ECI dá-se sempre em cenário extremado de falhas e bloqueios estruturais que revelam a incapacidade de os poderes políticos revolverem os problemas de violação massiva de direitos fundamentais. À situação extrema de violação de direitos, decorrente de falhas estatais estruturais, as cortes respondem com medidas de ativismo judicial sobre a formulação e condução de políticas públicas.²⁶⁸

Ainda quanto à legitimidade do ativismo judicial estrutural é importante reiterarmos que em nenhuma hipótese poderá ser tolerado o ativismo judicial antidialógico, como forma de supremacia judicial arbitrária, pela qual, “a interpretação constitucional é encarada como tarefa exclusiva de juízes e cortes constitucionais”.²⁶⁹

A superação do ECI depende de ações coordenadas entre várias autoridades e poderes, a partir de um processo de constante diálogo entre todos os atores envolvidos, por este motivo denominado “ativismo judicial estrutural dialógico”.²⁷⁰

Uma característica fundamental da macrosentença proferida no julgamento da *Sentencia* T-025, de 2004, como exemplo do ativismo estrutural dialógico, é a expedição de ordens flexíveis, utilizando-se expertises de várias áreas e ligados às diversas autoridades e poderes envolvidos na solução do litígio estrutural, bem como trazendo a sociedade civil para discussão da falha estrutural e de formas para sua superação.

En lugar de fijar los detalles de las medidas que las autoridades públicas deben tomar para atender a los desplazados — como lo había hecho en otras sentencias, criticadas por numerosos economistas y juristas—1, el tribunal constitucional expidió órdenes de procedimiento que involucran al Estado y a la sociedad civil en la elaboración y aplicación de programas para enfrentar la crisis humanitaria del desplazamiento. Al requerir el diseño de políticas y convocar audiencias públicas periódicas para discutir las, la Corte estableció un procedimiento participativo y gradual de implementación del fallo. Como se verá, la combinación de este tipo de órdenes con mecanismos de seguimiento públicos creó espacios de deliberación que ofrecen alternativas novedosas y potencialmente democratizadoras para la aplicación judicial de los derechos constitucionales.²⁷¹

²⁶⁷ CAMPOS, 2016, p. 217-218.

²⁶⁸ Ibid., p. 219.

²⁶⁹ Ibid., p. 225.

²⁷⁰ Ibid., p.225-226.

²⁷¹ GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 14-15.

Superada a crítica quanto à legitimidade democrática do ativismo judicial, investigaremos os aspectos de maior relevância a respeito da capacidade institucional do Poder Judiciário em emitir ordens estruturais que interferem no ciclo das políticas públicas.

Com efeito, a consideração acerca das capacidades institucionais requer reflexão sobre quem pode tomar medidas detalhadas sobre questões policêntricas de conteúdo político, social e econômico, envolvidas análises sistêmicas e resultados abrangentes, próprias de problemas de deficiência do legislador e da administração em matéria de políticas públicas. Os critérios para a tomada dessas decisões não são e não podem ser de ordem puramente jurídica, e isso porque variáveis fáticas e cálculos econômicos possuem implicações para a eficiência dos resultados a serem obtidos. Fora os critérios jurídicos, os demais elementos estão ao alcance dos juízes? A abordagem institucional diz que não e, por esse motivo, juízes e cortes não devem “fazer” políticas públicas ou controlar o orçamento. Por outro lado, considerando o próprio fundamento empírico dessa abordagem, fica também a dúvida se essa resposta pode ser dada sempre em abstrato porque, na prática, Legislativo e Executivo também costumam dar vexame em matéria de políticas públicas. O ECI é o melhor exemplo.²⁷²

De fato, teoricamente é sustentável que o Legislativo e o Executivo possuem melhor capacidade institucional para decidir sobre as políticas públicas que o Judiciário, contudo, casos concretos de absoluta inércia do Poder Público e falhas estruturais persistentes, ensejando a presença das condições para declaração do ECI não podem deixar de ser enfrentadas pelos juízes e cortes, autorizando a atuação judicial.²⁷³

Partindo da premissa que uma postura passiva dos juízes e cortes não pode ser tolerada, ante a existência de omissão inconstitucional e falhas estruturais em políticas públicas violadoras de direitos fundamentais, igualmente deve ser rechaçada a supremacia constitucional, considerada a partir do monopólio da interpretação constitucional pelas cortes, privilegiando-se no ECI a elaboração compartilhada de medidas entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na busca da superação da inconstitucionalidade.²⁷⁴

Com efeito, não é salutar atribuir a um órgão a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da constituição. Definitivamente, a constituição não se restringe ao que cortes dizem que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, cortes constitucionais ou supremas, compostas por intérpretes humanos e falíveis, podem errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição o “direito de errar por último”. Há de prevalecer a possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional ou de construção conjunta e coordenada de sentidos constitucionais com base na ideia do diálogo, em vez de uma visão mais

²⁷² CAMPOS, 2016, p. 239.

²⁷³ Ibid., p. 239-240.

²⁷⁴ Ibid., p. 241.

tradicional que conceda a última ou única palavra às cortes. Essa ideia de diálogo responde à exigência de equilíbrio fundamental entre constitucionalismo e democracia.²⁷⁵

Portanto, o cenário de falhas estruturais, decorrentes da omissão legislativa e administrativa não sustenta, por si só, a afirmação de que o Poder Legislativo e Executivo possuem capacidade institucional superior ao Judiciário, posto que a inércia reiterada e sistemática do Poder Público em garantir a efetivação dos direitos fundamentais, é a causa primordial da necessidade do ativismo judicial estrutural para salvaguardar os direitos fundamentais violados.²⁷⁶

Por esta razão, parece irreal o argumento comparativo das capacidades institucionais para refutar o ativismo judicial estrutural se é justamente a incapacidade dos órgãos legislativos e administrativos que implicou o ECI. Neste estado, a Corte depara-se com a falta de coordenação entre órgãos do Estado e busca, por meio dos remédios estruturais, ajustar o funcionamento dessas instituições. Em vez de atuar contra as capacidades das outras instituições, o ativismo judicial estrutural procura articular ou arrumar essas capacidades.²⁷⁷

O ativismo judicial estrutural dialógico busca superar bloqueios institucionais do Legislativo e Executivo, oferecendo “os incentivos e parâmetros necessários para a atuação de cada um conforme capacidade institucional própria”²⁷⁸, a atuação coordenada entre as autoridades e os poderes legitima a atuação do Judiciário, permitindo a superação do estado de coisas inconstitucional, e a consequente proteção das minorias cujos direitos fundamentais foram violados de forma sistemática e persistente.

O princípio da separação dos poderes igualmente está protegido com a atuação dialógica dos juízes e cortes ao determinarem os remédios estruturais, pois “ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e Executivo”.²⁷⁹

Envolvidos direitos fundamentais e os mecanismos adequados e eficientes para torná-los efetivos, cortes devem assegurar que os outros poderes envidem os melhores esforços para alcançar essa efetividade, deixando, contudo, os detalhes sobre esses meios para legisladores e administradores. As cortes devem apontar a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixar parâmetros e até prazos para superação desse estado, mas devem deixar as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. Remédios estruturais flexíveis são modelados pelas cortes para

²⁷⁵ CAMPOS, 2016, p. 242-243.

²⁷⁶ Ibid., p. 247.

²⁷⁷ Ibid., loc. cit.

²⁷⁸ Ibid., p. 248.

²⁷⁹ Ibid., p. 251.

serem cumpridos, implementados, deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros poderes de forma a permitir que efetivamente cumpram essas ordens.²⁸⁰

No ativismo judicial estrutural dialógico, visando à superação do ECI, é fundamental que a Corte Constitucional emita ordens estruturais flexíveis, retendo a atividade jurisdicional de monitoramento do efetivo cumprimento das ordens.²⁸¹

O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, possibilita identificar se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem diálogo amplo entre as instituições e a sociedade.²⁸²

O ativismo judicial estrutural dialógico funda-se, portanto, na ideia de coordenação entre os poderes, com a emissão de remédios estruturais flexíveis, visando precipuamente à superação das falhas estruturais. O diálogo entre os poderes fortalece a democracia e não fere a capacidade institucional, posto que as decisões técnicas serão reservadas aos poderes políticos melhores expertises para seu cumprimento, visando à elaboração de medidas voltadas à superação do ECI.

2.5 Efeitos das sentenças estruturais no contexto do ECI

Conforme investigamos no presente trabalho, ao declarar o ECI, as Cortes Constitucionais reconhecem a existência de falhas estruturais graves, decorrentes de bloqueios políticos e institucionais, que culminam em violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais, afetando especialmente as pessoas em situações de maior vulnerabilidade, que ficam alijadas do exercício e garantia de seus direitos.

Para combater a inércia legislativa e administrativa que origina omissões inconstitucionais graves e duradouras, aptas a ensejar o reconhecimento do ECI, as Cortes Constitucionais utilizam remédios estruturais, por meio de macrosentenças contendo ordens estruturais que envolvem medidas direcionadas a diversas autoridades e Poderes, visando coordenar os atores políticos e interferir diretamente no ciclo das políticas, superando a falha estrutural e garantindo a eficácia dos direitos fundamentais.

²⁸⁰ CAMPOS, 2016, p. 251-252.

²⁸¹ Ibid., p. 252.

²⁸² Ibid., loc. cit.

Ao proferir sentenças estruturais, as Cortes Constitucionais atuam de forma ambiciosa e devem monitorar de forma adequada os resultados das medidas ordenadas, promovendo o diálogo entre as partes envolvidas no litígio estrutural para que o impacto da decisão consiga efetivamente alterar a realidade de violação aos direitos, garantindo o cumprimento integral dos preceitos constitucionais.

Desta forma, além de estudarmos o conceito e condições fáticas e jurídicas que devem ser presentes para o reconhecimento do ECI, reveste-se de grande importância analisarmos a forma com que as Cortes Constitucionais devem atuar para implementar as ordens estruturais proferidas por meio das sentenças estruturais, e quais os efeitos que as macrosentenças podem produzir.

César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco ao estudarem o tema referente à forma de implementação das ordens estruturais e seus efeitos, buscam responder as seguintes perguntas:

[...] ¿cómo evaluar el impacto de una decisión judicial? En términos más amplios, ¿cómo determinar los efectos de la judicialización de problemas sociales? ¿Cómo medir el impacto de la transformación de una controversia política, económica o moral en un litigio? ²⁸³

A resposta a estas perguntas, segundo os autores, podem ser classificadas em dois grupos, dependendo dos tipos de efeitos que se privilegiam: ²⁸⁴

a) a partir de uma perspectiva neorrealista, partindo de uma concepção positivista do direito (como conjunto de normas coercitivas cujo cumprimento modifica a conduta humana) e das ciências sociais (como conhecimento sobre o comportamento externo observável), cuja preocupação é voltada à análise dos impactos diretos da intervenção judicial sobre as autoridades, os poderes, as políticas públicas e os indivíduos que se beneficiarão com o fim da violação a seus direitos fundamentais;

b) a partir de uma visão construtivista, utilizando uma concepção tridimensional do poder (envolvendo o poder estrutural dos atores sociais cujos interesses são protegidos pelas regras jurídicas, as instituições sociais e a ideologia dominante, que delimitam os temas que estão abertos à discussão e a forma de discuti-los), analisando não apenas as transformações sociais envolvidas diretamente no litígio estrutural, mas também as transformações indiretas ou simbólicas nas relações sociais, quando modificam as percepções dos atores sociais e

²⁸³ GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 21.

²⁸⁴ Ibid., p. 22 e 26.

legitimando as visões de mundo que promovem os ativistas e litigantes que se socorrem das cortes para proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Diante desse cenário, Garavito²⁸⁵ elaborou um quadro sistematizando os possíveis efeitos das sentenças estruturais:

Quadro 2 Possíveis efeitos das sentenças estruturais

	Diretos	Indiretos
Instrumentais	Projeto das Políticas Públicas ordenadas na sentença.	Formação de coalizão de ativistas para influenciar no tema tratado pela sentença.
Simbólicos	Definição e percepção do problema como violação de direitos.	Transformação da opinião pública sobre a urgência e gravidade do problema.

Fonte: Rodríguez Garavito (En prensa).

Na linha horizontal do quadro, Garavito e Franco destacam os efeitos diretos e indiretos que a sentença estrutural pode possuir:

Los directos consisten en las conductas ordenadas por el fallo y afectan a los actores del caso, ya sean los litigantes, los beneficiarios o los destinatarios de las órdenes. En el caso de la T-025, por ejemplo, algunos efectos directos han sido la formulación e implementación de nuevas normas y políticas públicas por parte de las autoridades a las que están dirigidas las órdenes del fallo, la inclusión de las ONG litigantes en las audiencias y el proceso de seguimiento, y la mejoría en la financiación y prestación de algunos servicios a los desplazados, que son los beneficiarios últimos de la decisión. Los efectos indirectos son toda clase de consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes judiciales, se derivan de la sentencia y afectan no sólo a los actores del caso, sino a cualquier otro actor social. [...], en la T-025 algunos efectos de este tipo han sido el surgimiento de coaliciones de organizaciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento de la sentencia, y la transformación de la manera como los medios de comunicación informan sobre el tema.²⁸⁶

²⁸⁵ GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 24.

²⁸⁶ Ibid., loc. cit.

Na coluna vertical os autores expõem os efeitos instrumentais e simbólicos das macrosentenças:

Los instrumentales implican cambios materiales en la conducta de individuos o grupos. En nuestro caso, algunos efectos de este tipo han consistido en la creación de programas de atención a la población desplazada, la actuación de entidades internacionales como financiadoras o supervisoras del proceso de seguimiento, y la formación de organizaciones de desplazados para intervenir en ese proceso. Los efectos simbólicos consisten en cambios en las ideas, las percepciones y los imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio. En términos sociológicos, implican cambios culturales o ideológicos en relación con el problema del caso. Como se verá en el capítulo 3, entre los efectos de este tipo provocados por la T-025 están la transformación de la percepción pública del desplazamiento (que ahora tiende a ser visto como un problema de violación de derechos humanos, antes que una consecuencia del conflicto armado), así como la “juridización” del discurso de las organizaciones de desplazados a medida que se apropiaron de lenguaje de derechos utilizado por la Corte Constitucional.²⁸⁷

A partir do quadro acima exposto, Garavito e Franco classificam quatro tipos de efeitos que as sentenças estruturais podem gerar: *a)* efeitos instrumentais diretos, relacionando-se com a expedição de normas, reestruturação de políticas públicas, execução de obra ordenada pelo juiz, entre outros; *b)* efeitos instrumentais indiretos, com a entrada de novos atores sociais, como organizações não governamentais, financiadores, entidades públicas, atraídos pelas oportunidades geradas pela sentença; *c)* efeitos simbólicos diretos, trazidos a partir da modificação da percepção pública do problema da violação aos direitos fundamentais; *c)* efeitos simbólicos indiretos, com a legitimação da visão do problema social trazido pelos litigantes e a consequente transformação da opinião pública sobre a gravidade e urgência da solução das violações massivas e reiteradas a direitos.²⁸⁸

Carlos Alexandre de Azevedo Campos sustenta que:

As transformações sociais alcançadas por decisões dessa magnitude não se resumiriam, portanto, àquelas decorrentes do cumprimento propriamente dito das ordens judiciais pelas autoridades públicas. Essas decisões também reequilibram os poderes dos atores em litígio, redefinem os parâmetros do tema, produzem novos focos e argumentos.²⁸⁹

Em uma sentença estrutural podem estar presentes todos ou alguns dos efeitos classificados por Garavito e Franco, contudo, não duvidamos que tanto os efeitos instrumentais quanto os simbólicos são de grande importância na transformação da realidade

²⁸⁷ GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 24..

²⁸⁸ Ibid., p. 25.

²⁸⁹ CAMPOS, 2016, p. 205.

de omissão inconstitucional, visando, a partir da declaração do ECI e das ordens estruturais emitidas pela Corte Constitucional, que os bloqueios políticos e institucionais sejam totalmente superados, e os direitos fundamentais previstos na Constituição efetivamente garantidos.

2.6 Indicadores para superação do ECI

Como vimos, o conceito do ECI traz a necessidade da existência de falhas estruturais no desenvolvimento e execução de políticas públicas que geram a violação massiva de direitos fundamentais de um grande número de pessoas, implicando na adoção, pela Corte Constitucional, de medidas coordenadas entre diversas autoridades públicas, órgãos e poderes.

A Corte Constitucional Colombiana, conforme exposto neste trabalho, desenvolve inicialmente o conceito do estado de coisas inconstitucional por meio do julgamento da *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 1997, visando superar a ausência de um mecanismo de proteção coletiva ante a violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que poderia ocasionar a interposição de milhares de ações individuais para proteção do direito violado, evitando-se demandas repetitivas.

Contudo, o ECI se tornou um mecanismo muito mais amplo que apenas uma tutela coletiva de direitos fundamentais, implicando em processos complexos que visam à superação das falhas estruturais nas políticas públicas violadoras dos direitos fundamentais, verdadeiro remédio estrutural buscando superar a grave omissão inconstitucional.

A evolução da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana demonstrou a necessidade de um amplo e rigoroso acompanhamento da elaboração e implemento das ordens judiciais exaradas nas sentenças que declaram o ECI pelas autoridades e poderes institucionais, caracterizando uma verdadeira macrosentença, posto que composta por um conjunto complexo de ordens necessário à superação do ECI, reconhecendo-se a responsabilidade do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário e, somente a partir do diálogo e ações coordenadas entre os poderes e diversas autoridades será possível a supressão da falha estrutural, garantindo-se a efetivação dos direitos fundamentais. É necessário, portanto, compreendermos o ECI a partir do conceito do ativismo judicial estrutural dialógico.²⁹⁰

²⁹⁰ CAMPOS, 2016, p. 208-210.

A questão que se investiga neste momento é sabermos quais indicadores deverão estar presentes para a determinação da superação do ECI.²⁹¹

Conforme defendemos no presente trabalho, entendemos que para a declaração do ECI devem estar presentes pressupostos fáticos suficientes e necessários, indicando a existência de um cenário de violações graves, gerais e sistemáticas a direitos fundamentais, atingindo um número indeterminado de pessoas, e para superação do ECI os mesmos pressupostos fáticos deverão estar superados, normalizando-se as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais.²⁹²

Dicho de otro modo, un ECI puede estimarse superado si un análisis informado y detallado muestra que ya no están presentes las condiciones de proceso y resultado que motivaron la declaratoria de la figura. La referencia a la necesidad de un análisis informado y detallado implica dos condiciones de viabilidad para la evaluación de la superación de un ECI. De un lado, es indispensable contar con indicadores de proceso y resultado detallados que, como todo indicador aceptable en estadística, sean medibles, válidos y confiables. Esto implica que deben ser lo suficientemente desagregados, precisos y empíricamente verificables como para permitir mediciones por parte de diferentes observadores que arrojen resultados significativos y consistentes. De otro lado, es necesario contar con la información requerida para hacer esta medición, y, cuando esta no exista, los indicadores deben ser lo suficientemente claros y precisos como para sugerir el tipo de información que sería preciso recolectar para medirlos.²⁹³

Como vimos, é a partir da Sentencia T-025/2004 que a Corte Constitucional Colombiana sistematiza os requisitos fáticos que deverão estar presentes para ser reconhecida a existência do ECI, e a partir desse momento, estipula indicadores para serem avaliados como forma de verificação da eficácia das políticas públicas implantadas, verificando se os direitos fundamentais finalmente foram garantidos.²⁹⁴

Desta forma, uma das principais inovações trazidas pela fundamentação da *Sentencia* T-025, de 2004, foi a criação de um mecanismo de acompanhamento periódico das ordens proferidas pela Corte Constitucional Colombiana, elaborado a partir de uma sentença estrutural dialógica.²⁹⁵

Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de

²⁹¹ No capítulo 3 deste trabalho investigaremos, sem a pretensão de esgotar o tema, se as medidas postuladas na ADPF 347 são suficientes para superação do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

²⁹² GARAVITO, 2009, p. 448.

²⁹³ Ibid., p. 448-449.

²⁹⁴ Ibid., p.449-452.

²⁹⁵ Ibid., p.454.

las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados. [...] la implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas. [...] por esa razón, los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquellos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.²⁹⁶

A realização de audiências públicas periódicas, visando avaliar a evolução do desenvolvimento das políticas públicas aptas a superar a falha institucional se tornou um dos principais mecanismos de acompanhamento das ordens estruturais proferidas pela macrosentença que reconhece o ECI.

Durante o acompanhamento da execução das ordens proferidas na *Sentencia* T-025, até o ano de 2010, a Corte Colombiana convocou um total de 14 (quatorze) audiências públicas para discussão do tema, envolvendo amplamente autoridades e sociedade civil.²⁹⁷

Além das audiências públicas, outro mecanismo utilizado pela Corte Colombiana para monitoração da *Sentencia* T-025 foi a expedição de “autos de seguimento” (até dezembro de 2009, a corte proferiu 84 autos de seguimento).²⁹⁸

Entre enero de 2004 y enero de 2010, la Corte dictó 84 autos con el fin de darles continuidad a las órdenes impartidas en la sentencia, solicitar informes y acciones concretas, hacer seguimientos puntuales, e inclusive establecer indicadores de evaluación del grado de realización de los derechos de los desplazados.²⁹⁹

A partir dos autos de seguimento, a Corte Colombiana conseguiu avaliar o cumprimento pelas autoridades públicas das ordens proferidas na sentença, precisando a

²⁹⁶ GARAVITO; FRANCO, 2010, p.55-56.

²⁹⁷ Ibid., p.85.

²⁹⁸ Ibid., op. cit., loc. cit.

²⁹⁹ Ibid., p. 85.

responsabilidade de cada instituição frente ao tema e, a partir dos resultados, decretar novas ordens para melhoria da política pública e superação do ECI.³⁰⁰

Garavito chama a atenção para a necessidade da construção de indicadores confiáveis que possam medir o progresso dos esforços da superação do estado de coisas inconstitucional, diagnosticando a eficácia da política pública desenvolvida.³⁰¹

De fato, a legitimidade do ativismo judicial estrutural e, nos termos propostos neste trabalho, da retenção da jurisdição da Corte Constitucional para monitoramento do cumprimento das ordens estruturais somente persiste enquanto durarem as violações aos direitos fundamentais e as falhas estruturais nas políticas públicas. Cessando as condições fáticas que originaram o estado de coisas inconstitucional, deve cessar a participação da Corte, declarando-se encerrado o litígio estrutural.³⁰²

Para o professor César Rodríguez Garavito devem estar presentes dois tipos de indicadores para medir os avanços das políticas públicas determinadas pela sentença estrutural: indicadores de processo e resultado.

De un lado, es indispensable contar con indicadores de proceso y resultado detallados que, como todo indicador aceptable en estadística, sean medibles, válidos y confiables. Esto implica que deben ser lo suficientemente desagregados, precisos y empíricamente verificables como para permitir mediciones por parte de diferentes observadores que arrojen resultados significativos y consistentes. De otro lado, es necesario contar con la información requerida para hacer esta medición, y, cuando esta no exista, los indicadores deben ser lo suficientemente claros y precisos como para sugerir el tipo de información que sería preciso recolectar para medirlos.³⁰³

Os indicadores de processo buscam avaliar a “redução ou eliminação das falhas estruturais nos processos de políticas públicas”; por sua vez, os indicadores de resultado medem o “avanço na proteção dos direitos fundamentais em favor da população afetada”.³⁰⁴

Diante da importância das cortes preservarem a sua atuação jurisdicional somente no estrito limite da necessidade de superação do ECI,³⁰⁵ Garavito propõe uma tese de verificação dos indicadores, com fundamento em um teste numérico, composto por três elementos:

Un test, por tanto, consta de tres elementos: (i) un conjunto de preguntas organizadas de forma lógica que orientan la argumentación, (ii) un grupo de

³⁰⁰ GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 86.

³⁰¹ GARAVITO, 2009, p. 476.

³⁰² CAMPOS, 2016, p. 211.

³⁰³ GARAVITO, op. cit., p.449.

³⁰⁴ CAMPOS, op. cit., p. 211.

³⁰⁵ Desta forma, as ordens estruturais proferidas pela Corte não devem se estender de forma indefinida, mas tão somente enquanto perdurar o ECI.

indicadores precisos, que sean “suficientes, pertinentes y adecuados”, en las palabras utilizadas por la Corte en el Auto 109 de 2007³⁰⁶, y (iii) criterios razonables para aplicar dichos indicadores al caso concreto.

Garavito expõe a sua tese para construção dos indicadores da superação do estado de coisas inconstitucional a partir de um teste numérico contendo 5 (cinco) passos:

1. Fixação do tipo de indicadores pertinentes para medir a superação do ECI – “en un primer paso, la Corte debe determinar la tipología general de criterios que tendrá en cuenta en su evaluación”, com fundamento nos critérios de processo e resultado.³⁰⁷

2. Fixação da lista de indicadores dentro de cada dimensão (processo e resultado) – “este es el paso que tiene un desarrollo más detallado y explícito en el trabajo de seguimiento de la Corte”, pois a Corte deverá detalhar os indicadores de implementação e avaliação do ciclo das políticas públicas (dimensão de processo), bem como os indicadores de fruição dos direitos fundamentais anteriormente violados (dimensão de resultado).³⁰⁸

3. Determinação dos valores das dimensões de processo e resultado – “¿deben tener igual peso en la valoración de la superación del ECI los avances en los procesos y los avances en los resultados? O, por el contrario, ¿deben tener mayor valor unos avances que otros?”³⁰⁹

Rodríguez Garavito explica que a razão de ser do ECI é a proteção eficaz dos direitos fundamentais, desta forma, os avanços na dimensão do processo são meios para alcançar a dimensão de resultados, com a proteção dos direitos fundamentais, fim último da almejado pelas ações da Corte. Desta forma, aos indicadores de resultado deverá ser atribuído maior peso na valoração da superação do estado de coisas inconstitucional.³¹⁰

Por ejemplo, la Corte podría asignar el 60% de la calificación de superación del ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) a la dimensión de resultado y 40% a la de proceso. La distribución podría tomar muchos otros valores (66,6/33,3, 70/30, 80/20, 90/10, etc.). Opto por una distribución 80/20, no sólo para reflejar con claridad la prioridad constitucional y práctica de los resultados, sino también para facilitar el cálculo del valor de los 20 indicadores de resultado y los 20 de proceso, que se muestra a continuación. Es importante reiterar, sin embargo, que existen otras combinaciones razonables y justificadas desde el punto de vista constitucional, que correspondería a la Corte evaluar para fijar el peso de cada dimensión.³¹¹

³⁰⁶ Auto 109 de 2007 referente à Sentencia T-045 de 2004.

³⁰⁷ GARAVITO, 2009, p. 477.

³⁰⁸ Ibid., p. 477-481.

³⁰⁹ Ibid., p. 481.

³¹⁰ Ibid., p. 481-483.

³¹¹ Ibid., p. 483.

4. Classificação dos indicadores dentro de cada dimensão – “ello requiere determinar el valor de cada indicador dentro de las dos dimensiones”.³¹²

En otras palabras, se debe establecer cómo se distribuyen los 80 puntos de la dimensión de resultado entre los 20 indicadores de este tipo, y cómo se asignan los 20 puntos de la dimensión de proceso entre los 20 indicadores de esta categoría.³¹³

Garavito afirma que, em relação à dimensão de resultado, não há diferença entre os valores dos indicadores, haja vista tratar-se de direitos fundamentais que deverão ser garantidos, considerando sua indivisibilidade e valor intrínseco. Por sua vez, aos indicadores de processo poderão ser atribuídos valores diferenciados, de acordo com sua importância para elaboração das políticas públicas necessárias a superar o estado de coisas inconstitucional.³¹⁴

5. Fixação do limiar de superação do ECI e resultado da tese – “las calificaciones de los indicadores pueden ser valoradas de distintas maneras, y con distintos grados de exigencia, para fijar el umbral de superación del ECI”, portanto, é necessário definir-se os valores de cada indicador de forma individual e global, definindo as bases de resultado do teste numérico.³¹⁵

Existe una alternativa intermedia que combina los niveles de exigencia de estas dos aproximaciones y que aquí se defiende. Mientras que primera opción implica un umbral demasiado exigente y puede mantener indefinidamente el ECI, la segunda puede resultar muy laxa, a menos que vaya acompañada de un requisito de puntaje mínimo exigente. Por ello, la propuesta consiste en trabajar con la sumatoria de los puntajes individuales de los indicadores, pero estimar superado el ECI sólo cuando se alcance una calificación relativamente alta. Y sugiero que el criterio para fijar este umbral surja de los cuatro niveles de cumplimiento mencionados por la Corte en el Auto 185 de 2004: nulo, bajo, medio o alto.³¹⁶

Rodríguez Garavito propõe que o estado de coisas inconstitucional seja declarado superado quando os indicadores demonstrarem que de forma global houve o alcance de pelos menos 66% dos pontos possíveis.³¹⁷

Adaptando esta escala de cumplimiento para los efectos del TESE, propongo fijar el umbral de superación del ECI en el nivel alto, esto es, cuando el puntaje global alcance por lo menos las dos terceras partes del puntaje posible (66/100), como se sigue de la definición que la Corte hace de este

³¹² GARAVITO, 2009, p. 484.

³¹³ Ibid., loc. cit.

³¹⁴ Ibid., p. 484-485.

³¹⁵ Ibid., p. 485.

³¹⁶ Ibid., loc. cit.

³¹⁷ Cada Corte poderá fixar um valor que entenda justo e razoável para superação do ECI, diante da realidade concreta enfrentada.

nivel en el Auto 185 de 2004. Para ilustrar: si hay un avance intermedio en el proceso de políticas públicas (p. ej., 10 puntos de los 20 posibles) y un avance intermedio en resultados (p. ej., 50 puntos de los 80 posibles), el puntaje total reflejará esta combinación (60/100). En este caso, la Corte declararía la continuación del ECI.³¹⁸

As Cortes Constitucionais devem avaliar e estabelecer cada um dos indicadores, tanto da dimensão de processo quanto de resultado, podendo valer-se de informações técnicas de autoridades e órgãos estatais, bem como da sociedade civil, e, no decorrer deste procedimento deverá reter a sua jurisdição, realizando testes periódicos, a partir dos cinco passos acima descritos, para determinar a ocorrência da superação do estado de coisas inconstitucional.³¹⁹

A periodicidade dos testes numéricos deverá ser guiada por dois objetivos: a) deverá ser concedido tempo suficiente entre cada aplicação dos testes para permitir que as mudanças nas políticas públicas possam ser adotadas, resultando em impacto prático para superação do estado de coisas inconstitucional; b) deverá haver tempo suficiente para escolher-se a informação primária necessária para medir adequadamente o avanço ou o retrocesso dos indicadores do processo e, sobretudo, dos resultados. Para Rodríguez Garavito, esses objetivos aconselham que a periodicidade não seja muito frequente, recomendando, por exemplo, a revisão dos testes a cada quatro anos.³²⁰

Não obstante, o professor aponta mais dois objetivos: a) a necessidade de manutenção da atenção do Estado e da sociedade civil sobre a situação de violação massiva de direitos fundamentais que ensejou a declaração do estado de coisas inconstitucional; b) bem como o fato da Corte poder ditar ordens periódicas para corrigir oportunamente as falhas detectadas na atuação do Estado, devendo, para estas situações estipular revisões mais frequentes, como por exemplo, uma vez ao ano.³²¹

Por fim, para conciliar esses dois tipos de necessidade, Rodríguez Garavito aconselha uma periodicidade intermediária, por exemplo, de dois anos, visando manter a atenção aos problemas urgentes de violação massiva de direitos fundamentais que ensejaram a declaração do estado de coisas inconstitucional, bem como impulsionar as medidas corretivas necessárias, concedendo tempo suficiente para a implementação e avaliação das políticas públicas.³²²

³¹⁸ GARAVITO, 2009, p. 485-486.

³¹⁹ Ibid., p. 486.

³²⁰ Ibid., p. 487.

³²¹ Ibid., p. 488.

³²² Ibid., loc. cit.

Após a apresentação do conceito e das condições para declaração e superação do ECI, faremos uma breve investigação a respeito da utilização desse mecanismo no direito comparado, e no próximo capítulo deste trabalho, analisaremos a possibilidade de aplicação do ECI pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente no sistema carcerário brasileiro.

2.7 ECI no Direito Comparado

Como vimos, a técnica decisória teve origem na Corte Constitucional Colombiana, a partir do julgamento da *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 6 de novembro de 1997, cuja evolução jurisprudencial da Corte aperfeiçoou e sistematizou a utilização do mecanismo, especialmente por meio da *Sentencia* T-025, de 2004.

Não apenas a Corte Colombiana utiliza o conceito do ECI com ambição de resolver falhas estruturais de violação massiva aos direitos fundamentais, havendo também exemplos de sua utilização especialmente em países nos quais há graves problemas estruturais que impossibilitam a implantação de políticas públicas eficazes e garantidoras dos direitos fundamentais.

O contexto social em que a aplicação do conceito ou técnica de julgamento do ECI é aplicado sempre é caracterizado por marcantes desigualdades econômicas e políticas.

La colombiana, por supuesto, no es la única corte constitucional que ha avanzado en esta dirección, ni la única en utilizar una figura como el ECI. La Sentencia T-025 y la jurisprudencia colombiana se inscriben en una tendencia internacional hacia el protagonismo de los jueces constitucionales en la realización de los derechos en casos estructurales. Entre los más conocidos está la jurisprudencia de la Corte Suprema de India, que ha abordado temas sociales estructurales como el hambre y el analfabetismo, y ha desarrollado figuras similares al ECI para crear comisiones judiciales de consulta que le hacen seguimiento a la implementación de los fallos. Asimismo, la Corte Constitucional sudafricana se ha convertido en un espacio institucional fundamental para la promoción de derechos tales como la vivienda y la salud, y para obligar al Estado a tomar acciones en contra del legado económico y social del *apartheid*. Algunas cortes argentinas han venido desarrollando una jurisprudencia protectora de derechos tales como la seguridad social en salud y pensiones y, al mismo tiempo, han experimentado con mecanismos públicos de seguimiento a la implementación de sentencias activistas, similares a los del ECI, en temas tales como los derechos de las personas detenidas y la protección del medio ambiente. Y las cortes estadounidenses vienen utilizando figuras jurisprudenciales similares al ECI desde hace 50 años, como lo muestran el papel muy activo que han tenido en promover reformas estructurales en

ámbitos de políticas públicas que van desde el sistema carcelario hasta el sistema educativo y los programas de vivienda social.³²³

Investigaremos a aplicação dos pressupostos básicos de configuração do ECI, caracterizando a existência de litígios estruturais que demandaram expedição de ordens estruturais a diversos atores políticos para superação da violação sistemática a direitos fundamentais pelas Cortes Constitucionais dos Estados Unidos (*Brown versus Plata*), da África do Sul (*South Africa versus Grootboom*), da Índia (*People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Other (PUCL)*), da Argentina (*Caso Verbitsky e Riachuelo*), da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Torregiani e outros versus Itália*) e, por fim, do Tribunal Constitucional do Peru.

A Corte Constitucional dos Estados Unidos da América reconheceu a existência de litígios estruturais em torno de direitos civis, principalmente em relação a questões raciais, desde os anos 50 e 60, nas quais tutelas preventivas e reparatórias eram insuficientes para superar a afronta à Constituição, posto que a composição das instituições públicas agia de forma inconstitucional.³²⁴

Na década de 50, quase todos os estados do Sul possuíam um amplo conjunto de regras legais impondo a segregação racial no campo da educação pública. Na prática, essa exigência legal resultava na perpetuação não só da discriminação racial contra os negros, mas também de um ensino público inferior para eles. As *escolas dos brancos* eram muito superiores às *dos negros*. Eram separadas e desiguais. A Suprema Corte vinha evitando enfrentar com definitividade o sistema de segregação racial desses estados, porém, a atmosfera de defesa dos direitos humanos pós-II Guerra impunha a revisitação do tema.³²⁵

No julgamento da questão da segregação racial, “*Brown versus Plata*” a Suprema Corte norte-americana reconheceu que:

Essa forma estrutural da tutela seria não só necessária, mas a única adequada a modificar esse arranjo e a tornar as instituições compatíveis com os valores e comandos da constituição. [...] O ponto de partida para os estudos 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 separados) em um “sistema escolar unitário, não racial”. Para concretizar ambas as dimensões, a Corte teve que

³²³ GARAVITO, 2009, p. 436.

³²⁴ CAMPOS, 2016, p. 190-191.

³²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A evolução do ativismo judicial da Suprema Corte Norte-Americana (I)**, ano 2, 2013, n.6, p.4693-4741. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 16 ago. 2016, p. 35.

proferir novas decisões, próprias de implementação. *Brown I* não havia sido suficiente.³²⁶

Diante da necessidade de implementação das decisões de *Brown I* e da resistência enfrentada:

A Suprema Corte, em nova decisão, delegou às cortes distritais a tarefa de implementar *Brown* e acabar com a segregação racial nas escolas. Porém, a “resistência massiva”, que incluía o uso de violência para a desobediência às decisões judiciais, estava tendo sucesso em impedir a atuação concreta do julgado. Juízes distritais temiam mesmo por suas vidas. O ponto máximo da resistência veio com o incidente na cidade de Little Rock, no estado segregacionista do Arkansas, no ano de 1957. O governador Orval Faubus utilizou a Guarda Nacional do estado para impedir que nove estudantes negros entrassem em uma escola secundária da cidade, antes exclusiva “de brancos”. Tornou-se então necessária a intervenção do Governo Federal. O Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, enviou tropas do Exército para a cidade e, dessa maneira, assegurou a entrada dos estudantes negros na escola de Little Rock. [...] Sem essa intervenção do Executivo federal, *Brown* enfrentaria um caminho muito mais longo e tortuoso para tornar-se uma realidade concreta.³²⁷

A Suprema Corte norte-americana e as cortes distritais, durante a década de 60, perceberam que para efetivar o fim da segregação racial nas escolas deveriam adotar “uma postura mais ativa voltada à reestruturação propriamente dita do sistema de ensino público”.

328

Portanto, ante a reiterada omissão dos conselhos locais e as falhas legislativas, as cortes distritais, com relativa discricionariedade, sob o comando da Suprema Corte, passaram a determinar medidas mais específicas e a supervisionar efetivamente o seu cumprimento. Embora deixando margens de escolhas técnicas aos conselhos locais, as cortes modularam suas *structural injunctions* de forma a não mais permitir a pura e simples desobediência. [...] Através das ordens estruturais, as cortes transmitiram “diretivas reconstitutivas” para o “processo de transformação total” das instituições envolvidas.³²⁹

Carlos Alexandre de Azevedo Campos nos ensina que, na década de 70, a Suprema Corte norte-americana utilizou remédios estruturais, especialmente interferindo no ciclo das políticas públicas e nas prioridades orçamentárias, visando a “reestruturação dos sistemas distritais de ensino a fim de acabar com a segregação racial e também para melhorar o

³²⁶ CAMPOS, 2016, p. 192.

³²⁷ Ibid., 2013, p. 37-38.

³²⁸ Ibid., op. cit., p. 193.

³²⁹ CAMPOS, 2016, p. 193.

funcionamento de presídios e de instituições de saúde para tratamento dos mentalmente incapacitados.”³³⁰

A Suprema Corte norte-americana continuou a utilizar remédios estruturais para reestruturação completa de instituições que atuavam sob um quadro sistemático de inconstitucionalidades.³³¹

Na década de 90 a Corte Constitucional Colombiana, conforme analisamos, passou a proferir sentenças estruturais, desenvolvendo e consolidando a técnica do estado de coisas inconstitucional em casos de litígios estruturais.

A Corte Constitucional da África do Sul (*South Africa versus Grootboom*)³³² é mais um exemplo de ativismo judicial estrutural, voltado à reestruturação de políticas públicas visando à proteção aos direitos fundamentais, especialmente por meio da promoção do diálogo institucional, como forma de superação da violação massiva e sistemática a direitos. A crítica feita à Corte Constitucional da África do Sul é a relutância em utilizar as sentenças estruturais para combater violações sistemáticas e reiteradas a direitos socioeconômicos.³³³

³³⁰ CAMPOS, 2016, p. 194.

³³¹ “Em 2011, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brown v. Plata*, em que manteve decisão proferida por corte da Califórnia, que determinara a soltura de 46 mil prisioneiros de menor periculosidade, em razão da crônica superlotação dos presídios daquele Estado. A partir de casos relativos ao acesso à saúde de presidiários e ao tratamento dado a detentos com deficiência física, a justiça californiana detectara o grave quadro de superlotação das prisões californianas – a Califórnia tinha cerca de 156.000 presos, com capacidade para apenas aproximadamente 80.000. Os juízes californianos determinaram, com base nessa constatação, que as autoridades do Estado formassem um plano para a redução da superlotação para no máximo 137,5% da capacidade das prisões do estado. Como os planos não foram suficientes, houve a determinação judicial de soltura de presos, com base na 8ª Emenda à Constituição norte-americana, que veda as penas “cruéis e não usuais” (*cruel and unusual punishments*). Tal decisão foi mantida pela Suprema Corte, que entendeu ter havido uma ponderação adequada entre os direitos dos presos e o interesse estatal na proteção da segurança pública.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **ADPF/347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2015, p. 11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 05 jan. 2017.

³³² “Na hipótese, tratava-se de centenas de pessoas miseráveis, que estavam vivendo em barracas improvisadas de plástico depois de terem sido despejadas da área particular que antes ocupavam, e que reivindicavam do Estado a garantia imediata de abrigos adequados. A Corte Constitucional entendeu que não seria possível assegurar individualmente, a cada um, o acesso à moradia. Porém, o Tribunal não se furtou de realizar o controle das políticas públicas habitacionais promovidas pelo Estado, e chegou à conclusão de que as então existentes falhavam gravemente, por não incluírem medidas emergenciais, focadas nas pessoas em situação de carência desesperadora (*desperate need*). Diante disso, determinou que a política estatal sobre moradia fosse reformulada pelo governo, de forma a contemplar medidas de alívio imediato para pessoas miseráveis, sem, no entanto, precisar quais providências deveriam ser adotadas. Para permitir uma fiscalização mais adequada da execução da sua decisão, a Corte atribuiu a um órgão técnico independente – a *Human Rights Commission* – de reconhecida *expertise* e prestígio na África do Sul em matéria de direitos fundamentais, a tarefa de supervisionar a elaboração e implementação do novo programa, reportando-se ao tribunal. Este modelo sul-africano foi muito elogiado pela doutrina comparativista, por ensejar a proteção de direitos sociais por meio de técnica do diálogo institucional, que minimiza o problema do déficit de *expertise* do Poder Judiciário para lidar com políticas públicas.” (BRASIL. ADPF 347, 2015, p. 13-14)

³³³ CAMPOS, op. cit., p. 197.

A Suprema Corte da Índia contém uma interessante jurisprudência direcionada à reestruturação de políticas públicas de combate à fome, por meio de decisões judiciais estruturais cujas ordens são seguidas de monitoramento, como no julgamento do caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Other (PUCL)*, em 2001, no qual a Corte indiana declarou a inconstitucionalidade dos atos de governo diante de falhas de políticas públicas nacionais de distribuição de grãos, determinando a elaboração de novas políticas públicas e redimensionamento orçamentário para distribuição de grãos à população em situação de vulnerabilidade, (especialmente famílias pobres, crianças nas escolas e programas de fornecimento de refeições aos trabalhadores), criando uma Comissão específica para monitorar as medidas e os resultados alcançados.³³⁴

As medidas estruturais da Suprema Corte da Índia culminaram, em 2013, com a promulgação de uma nova legislação sobre a matéria, a *National Food Security Act*, que segundo seus próprios termos, visa prover “comida e segurança nutricional nos ciclos da vida humana, assegurando acesso à adequada quantidade e qualidade de comida a preços acessíveis para que as pessoas possam viver com dignidade”. Não restam dúvidas entre os que se debruçaram sobre o tema naquele país: não fosse a decisão da Suprema Corte e seu esquema de monitorar a implementação das medidas determinadas, o governo não teria tido o incentivo necessário e suficiente para mudar o cenário legal e avançar novas políticas de combate à fome.³³⁵

Na Argentina houve o reconhecimento do ECI no julgamento do Caso Verbitsky, sobre a superpopulação carcerária³³⁶ e o Caso Riachuelo, envolvendo “problemas de direito à saúde decorrentes da degradação ambiental na bacia do aludido rio Riachuelo (também conhecido como Matanza-Riachuelo)”.³³⁷

Bloqueios em políticas públicas e instituições impediram que fossem efetivados programas de recuperação ambiental na bacia do rio Riachuelo, que no começo no século XXI era uma das dez áreas mais poluídas do mundo. A Corte da Argentina, diante desse cenário e das condições socioambientais extremamente degradantes, em julgamento de demanda interposta em 20 de dezembro de 2004, por um grupo de moradores e trabalhadores da região contra quarenta e quatro empresas instaladas na bacia hidrográfica, que postulava indenização

³³⁴ CAMPOS, 2016, p. 197-199.

³³⁵ Ibid., p. 199-200.

³³⁶ “No conhecido “caso Verbitsky”, um *habeas corpus* coletivo foi impetrado a favor de todas as pessoas privadas de liberdade na província de Buenos Aires que estavam detidas em estabelecimentos policiais superlotados. No julgamento, a Corte Suprema do país, depois de reconhecer a inconstitucionalidade de tal situação, impôs diversas medidas imediatas, mas também a elaboração de um plano pela província de Buenos Aires, em diálogo com a sociedade civil, que deveria contemplar mudanças nas políticas criminais e prisionais, de modo a ajustar a situação dos detentos às regras mínimas sobre tratamentos de presos estabelecidas pela ONU.” (BRASIL. ADPF 347, 2015, p. 14)

³³⁷ CAMPOS, op. cit., p. 200.

por danos individuais e coletivos e medidas preventivas e restaurativas, ordenou medidas estruturais, para que “as empresas demandadas apresentassem estudos sobre os impactos ambientais de suas atividades”; além disso, coordenou medidas estatais, determinando “a todos os níveis de governo e ao Conselho Federal de Meio Ambiente que produzissem um plano ambiental conjunto para cumprir com as regras da Lei Geral do Meio Ambiente (LGA).”³³⁸

A Suprema Corte da Argentina promoveu ampla divulgação da decisão, com participação da sociedade civil e submissão do plano de recuperação ambiental (PAMR) a um “escrutínio contínuo voltado a seu aperfeiçoamento durante a instrução processual”, monitorando as ordens estruturais e coordenando as medidas necessárias para superação do quadro massivo de violações de direitos.³³⁹

A Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza técnica peculiar, ao se deparar com denúncias reiteradas e similares sobre violações a direitos humanos por Estado europeu, “busca, através das “decisões piloto” (*arrét pilot*), apontar problemas sistêmicos e indicar aos Estados soluções genéricas, que podem envolver a reformulação de políticas públicas, indicando prazos para a sua implementação”.³⁴⁰

O Tribunal Constitucional do Peru, por pelo menos cinco vezes, declarou a existência do ECI, contudo, nem sempre os verdadeiros pressupostos para o seu reconhecimento estariam presentes, fazendo-se necessário investigarmos as situações nas quais a Corte peruana declarou o ECI.

a) *Expediente nº 2579-2003HD/TC*, de 6 de abril de 2004, “caso Arellano Serquém”:

Na situação concreta, Julia Eleyza Arellano Serquén buscava obter cópias do relatório, produzido pela Comissão Permanente de Avaliação e Ratificação do Conselho Nacional da Magistratura, acerca de sua conduta e idoneidade no cargo que exercia como “*Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque*”, de sua entrevista pessoal e da Ata do Pleno do aludido Conselho na qual estava contida a decisão de sua não ratificação no cargo mencionado. O fornecimento dessas cópias foi negado e, apreciando o *amparo* de Arellano Serquén, as instâncias ordinárias haviam recusado assegurar o acesso a esses documentos. A demandante alegou violação de seu direito de acesso à informação pública, previsto no inciso V do artigo 2º

³³⁸ CAMPOS, 2016, p. 201.

³³⁹ *Ibid.*, p. 201-202.

³⁴⁰ BRASIL. ADPF 347, 2015, p. 14: “Esta técnica foi usada para enfrentamento da questão da superpopulação carcerária na Itália, no caso *Torregiani e outros v. Itália*, julgado em 2013. Diante da superlotação dos presídios italianos, que atingia à época o índice nacional de 151%, a Corte concedeu o prazo de um ano para que as autoridades responsáveis implementassem um ou mais remédios visando à correção do problema. A Itália adotou diversas medidas nesta linha, com bastante sucesso, tais como a ampliação das penas alternativas e das hipóteses de prisão domiciliar, e a criação de mecanismo para a redução da pena daqueles que a viessem cumprindo em condições degradantes.”

da Constituição peruana. Assentando que o direito à informação possui uma dupla dimensão como direito fundamental – individual e coletiva –, o Tribunal entendeu que deveria formular uma decisão que não aproveitasse apenas a Julia Eleyza Arellano Serquén, mas que se estendesse, em eficácia, a todos aqueles que estivessem sofrendo o mesmo tipo de violação de direito fundamental.³⁴¹

b) *Expediente n° 3149-2004-AC/TC*, de 20 de janeiro de 2005, violação sistemática e reiterada de direitos individuais de professores, por parte de autoridades dos Ministérios da Economia e Finanças e da Educação. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, “mais uma vez, a declaração do ECI se deu em razão da necessidade, sentida pelo Tribunal Peruano, de ampliar os efeitos da decisão”.³⁴²

c) *Expediente n° 06089-2006-PA/TC*, de 17 de abril de 2007, o Tribunal peruano reconheceu o estado de coisas inconstitucional devido à violação sistemática ao princípio da reserva da lei, devido à inconstitucionalidade de incidências do Imposto Geral de Vendas – IGV, ferindo o princípio da legalidade tributária, determinando que até o final do ano de 2007 o legislador alterasse a disciplina do IGV, visando à superação da inconstitucionalidade.³⁴³

d) *Expediente n° 05561-2007-PA/TC*, de 24 de março de 2010, o Tribunal peruano reconheceu que a *Oficina de Normalización Previsional* – ONP, violava direitos dos pensionistas que demandavam contra o órgão estatal, ao contratar advogados para interposição de recursos sem nenhuma probabilidade de sucesso, retardando o alcance a benefícios e sobrecarregando o Poder Judiciário com recursos protelatórios. A declaração do ECI objetivou alterar a estrutura da ONP para atuação em favor dos direitos dos pensionistas.

³⁴⁴

e) *Expediente n° 03426-2008-PHC/TC*, de 26 de agosto de 2010, a Corte Constitucional peruana reconheceu o ECI em relação à inexistência de políticas públicas voltadas ao tratamento e reabilitação da saúde mental dos indivíduos sob a custódia penal estatal.

No caso concreto, o Tribunal afirmou ter constatado o quadro de violação massiva e generalizada de vários direitos fundamentais, como o direito à saúde e à integridade pessoal, que afeta um número significativo de pessoas que sofrem de doença mental, bem como a carência de planos e programas de governo, voltados a cuidar da saúde mental dessas pessoas que se encontram sob custódia. O Tribunal assentou tratar-se, inequivocamente, de problema de natureza estrutural, sendo imperiosa a intervenção e atuação

³⁴¹ CAMPOS, 2016, p. 169.

³⁴² Ibid., p. 171.

³⁴³ Ibid., p. 172.

³⁴⁴ Ibid., loc. cit.

coordenada de diversas autoridades públicas, envolvidos os Ministérios da Justiça, da Saúde, da Economia e Finanças, os Poderes Legislativo e Judicial. No âmbito de autêntico litígio estrutural, o Tribunal ordenou fossem adotadas medidas administrativas, legislativas e judiciais voltadas à superação do quadro de inconstitucionalidade.³⁴⁵

Analisando os casos judiciais nos quais o Tribunal peruano declarou o ECI, percebemos que apenas no julgamento do *Expediente n° 03426-2008-PHC/TC*, de 26 de agosto de 2010, estavam presentes os pressupostos excepcionais que autorizam o reconhecimento do ECI, no contexto da existência de falhas estruturais em políticas públicas violando de forma sistematizada e reiterada o direito fundamental ao tratamento mental de pessoas sob custódia penal.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos chama a atenção sobre o problema de equiparar qualquer violação a direitos a um quadro massivo e excepcional de violação a direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais:

Baratear o instrumento, assim como fez o Tribunal Constitucional do Peru, pode prejudicar sua compreensão e desenvolvimento, bem como custar caro à sua efetividade em situações verdadeiramente dramáticas. A perspectiva em geral negativa da jurisprudência do Tribunal Constitucional peruano serve de alerta aos riscos da ubiquidade do ECI e de sua inefetividade, que podem ser causados justamente por seu uso arbitrário. O ECI é ferramenta legítima, desde que utilizada com prudência, aplicada a situações de fato dramáticas de violação a direitos fundamentais e que requerem a intervenção estrutural das cortes. Há a necessidade de rigor no reconhecimento da vigência de seus pressupostos e, por consequência, da própria existência de um ECI. Para tanto, é necessário que esses pressupostos sejam sistematizados e o próprio conceito do ECI bem compreendido.³⁴⁶

Feitas essas considerações a respeito do conceito ou técnica de julgamento do ECI, da verificação das condições fáticas para seu reconhecimento e superação, da legitimidade de sua declaração pelas cortes, e como outros países aplicam a técnica, no próximo capítulo deste trabalho, passaremos a analisar como esse instituto está sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁴⁵ CAMPOS, 2016, p. 173.

³⁴⁶ Ibid., p. 176.

3 POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO ECI NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

3.1 Condições materiais para o reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro

Após analisarmos o conceito ou técnica de julgamento do ECI e sua aplicação pela Corte Constitucional Colombiana, perquirindo as condições fáticas que deverão estar presentes para seu reconhecimento, investigaremos a possibilidade de aplicação do ECI pelo STF, especialmente no que tange ao sistema carcerário.

No Brasil, o reconhecimento pelo STF do ECI decorrente de falhas estruturais no sistema carcerário foi suscitado de forma expressa a partir da interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com pedido de concessão de medida cautelar pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, contudo, as violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos presos não são fatos desconhecidos dos ministros do STF, cuja dramática situação dos presídios brasileiros está destacada, por exemplo, nos julgamentos do RE nº 641.320³⁴⁷, RE nº 580.252³⁴⁸, RE nº 592.581³⁴⁹ e ADI nº 5.170³⁵⁰.

³⁴⁷ O RE nº 641.320, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e com repercussão geral reconhecida, discutiu a possibilidade de autorização do cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime estabelecido na condenação penal, ensejando a edição da Súmula Vinculante nº 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

³⁴⁸ O RE 580.252, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, e com repercussão geral reconhecida, foi interposto por preso que cumpriu pena no estabelecimento penal de Corumbá/MS, com a finalidade de o Poder Judiciário reconhecer a absoluta precariedade das condições carcerárias do presídio, especialmente relacionadas com as condições degradantes de encarceramento e superlotação das instalações, requerendo que fosse decretada a responsabilização civil por danos morais do Estado de Mato Grosso do Sul ante a violação sistemática a seus direitos fundamentais durante o cumprimento da pena. Em que pese o pedido do RE nº 580.252 ser restrito à condenação do Estado pela indenização moral dos danos sofridos em razão do cumprimento da pena em condições indignas, o ministro Roberto Barroso propôs solução diversa ao problema: reconheceu que o Estado é civilmente responsável pelos danos causados aos reclusos, por violações a seus direitos, ante a deficiência estrutural de políticas públicas aptas a cumprir os preceitos fundamentais e afirmou a necessidade de adoção de mecanismos de reparação alternativos, devendo a indenização em pecúnia ostentar caráter subsidiário, preferindo-se que a reparação dos danos morais causados pela superlotação carcerária e condições degradantes de encarceramento ocorra com a aplicação do instituto da remição ficta de 1 (um) dia de pena por cada 3 (três) a 7 (sete) dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana. O posicionamento do Ministro Barroso foi seguido pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello. Retomando-se o julgamento na data de 16 de fevereiro de 2017, a maioria dos ministros deu provimento ao Recurso Extraordinário estabelecendo o dever de o Estado pagar a indenização, fixada em julgamento de apelação no valor de R\$ 2 (dois) mil. O Plenário aprovou a seguinte tese, para fim de repercussão geral: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

Diante da realidade fática consistente em violação massiva aos direitos fundamentais dos reclusos, o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento do RE nº 641.320, destacou a necessidade da Corte avançar no controle de constitucionalidade visando tornar realidade os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

A realidade prisional é quase sempre calamitosa, e agravada por problemas variados nos diferentes estados da federação. Assim, mesmo com as ferramentas de que hoje dispomos para verificação de ordem prática no controle de constitucionalidade, como a audiência pública, não é possível uma decisão de caráter geral, que resolva a questão por completo. Mas é preciso avançar. Precisamos ser criativos para buscar soluções além dos casos concretos e das ferramentas tradicionais. Para isso, temos que adotar decisão de caráter plástico, que sirva de plataforma para adequação da realidade aos direitos afirmados pela Constituição e pelas leis. O ponto principal quanto à técnica de decisão a ser manejada nesta ação é a possibilidade de o STF adotar decisão que manipula o conteúdo do ordenamento jurídico.

O Ministro Gilmar Mendes ainda no julgamento do RE nº 641.320 discorre sobre as características jurídicas das decisões manipulativas:

A doutrina italiana considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição (Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 222). Como anota Roberto Romboli, tratando das manipulativas, a “Corte modifica diretamente a norma posta ao seu exame, através de decisões que são definidas como ‘autoaplicativas’, a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar” (Roberto Romboli et al., *Giustizia costituzionale*, 2 ed., Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 304). É fácil ver que se trata de técnica unilateral de supressão da inconstitucionalidade dos atos normativos (Cf. Markus González Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparacion de la discriminacion normativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 117-130). Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeito aditivo das manipulativas com efeito substitutivo. A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a Corte

³⁴⁹ O RE nº 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e com repercussão geral reconhecida, discute se o Poder Judiciário pode determinar aos governos estaduais que ampliem ou construam novos presídios, de modo a garantir a observância dos direitos fundamentais dos detentos. A tese de repercussão geral proposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski foi: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

³⁵⁰ A ADI nº 5.170, de relatoria da Ministra Rosa Weber, à semelhança do RE nº 580.252, discute a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos.

constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional.

Por fim, em seu voto no julgamento do RE nº 641.320, Gilmar Mendes defende a adequação da aplicação de decisões manipulativas de efeitos aditivos, presentes as seguintes condições:

Convém observar que, não obstante manifeste-se de forma singular em cada sistema de jurisdição constitucional, a crescente utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos responde a necessidades comuns. Nesse sentido, em lição perfeitamente adequada ao direito pátrio, Augusto Martín de La Vega ressaltou ser possível compreender a proliferação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional (Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 229-230).

Importante destacarmos que no julgamento do RE nº 641.320, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a questão relativa à implementação dos direitos dos sentenciados e o atendimento do programa legal quanto à execução penal deverá ser resolvido e forma estruturante, lançando-se as bases para uma verdadeira macrosentença, com o envolvimento de órgãos existentes no Poder Judiciário e no Ministério Público, desenvolvendo-se mecanismos de fiscalização das soluções a serem implementadas:

No presente caso, a despeito das limitações impostas pelo regime extraordinário, podemos fazer um esforço para resolver a questão de forma estruturante, além do simples estabelecimento de teses jurídicas. Podemos avançar, determinando a observação de ferramentas que serão essenciais na implementação dos direitos dos sentenciados e no atendimento ao programa legal quanto à execução penal. Para tanto, é fundamental contarmos com o apoio dos órgãos existentes no Poder Judiciário e no Ministério Público para desenvolvimento e fiscalização das soluções a serem adotadas [...] A análise do caso concreto não deixa dúvida de que a solução da questão constitucional posta requer mais do que uma simples declaração do direito aplicável. Pede a adoção de medidas transformativas, num campo em que a magistratura das execuções penais tem atribuição de atuar.

O Ministro Roberto Barroso, em voto proferido no julgamento do RE nº 580.252³⁵¹, destacou a existência de um “estado de coisas” que torna o sistema prisional brasileiro inconstitucional, ao violar gravemente os direitos fundamentais dos presos:

Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Diante dessa situação calamitosa, é evidente que, na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade.

Barroso menciona expressamente a experiência da Corte Constitucional Colombiana ao aplicar o conceito/técnica do ECI na solução de falhas estruturais em políticas públicas:

Na mesma linha das experiências da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Judiciário norte-americano, a Corte Constitucional da Colômbia produziu um mecanismo de intervenção jurisdicional para lidar com falhas estruturais de políticas públicas que impliquem violações massivas e contínuas de direitos e que decorram de omissões prolongadas das autoridades estatais. Trata-se da categoria do “*estado de coisas inconstitucional*”. Quando a Corte colombiana reconhece e declara a existência de um estado de coisas contrário à Constituição, ela passa a atuar diretamente na formulação de políticas públicas, definindo metas e linhas de ação a serem implementadas por diferentes instâncias de poder. Nesses casos, em geral, a Corte designa uma autoridade para fiscalizar a execução da decisão, de modo que a atuação judicial não se encerra com a prolação da decisão, mas se protraí até que as diversas autoridades levem a cabo as determinações da Corte.

Diante do cenário de falha estrutural no sistema carcerário, derivado de omissões dos poderes e violações massivas por décadas, o Ministro Barroso fundamenta a necessidade de remédios estruturais para solução do problema envolvendo o tema e caracteriza o sistema prisional como um “verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, cuja superação é complexa

³⁵¹ Embora no julgamento definitivo do RE nº 580.252, o posicionamento majoritário dos Ministros tenha fixado a indenização em dinheiro nos casos de prisões em estabelecimentos em situação degradante, não há dúvidas da importância do voto e posicionamento inovador do Ministro Barroso, merecendo destaque em nossos estudos.

e custosa e exige a execução de um amplo conjunto de medidas, articulado por todas as esferas de poder”.³⁵²

Desta forma, percebemos que a gravidade e a existência de violações massivas e reiteradas aos direitos fundamentais dos presos não é desconhecida dos ministros que compõem o STF, havendo disposição da Corte em atuar para combater a inércia legislativa e administrativa que culminou em falhas estruturais no sistema carcerário brasileiro.

Exatamente a superação das falhas estruturais no sistema carcerário brasileiro é almejada através da interposição da ADPF nº 347³⁵³, com o reconhecimento do ECI, ante a existência de violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos reclusos.

A partir do reconhecimento pelo STF da existência do ECI no sistema carcerário brasileiro, a ADPF nº 347 objetiva que a Corte Constitucional determine a adoção de medidas, a serem tomadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, no tratamento da questão prisional no país, com vistas ainda à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento dos presídios brasileiros.

No capítulo 2 deste trabalho discorreremos a respeito das condições para declaração do ECI, sendo necessário investigarmos se, de fato, a omissão e falhas nas políticas públicas penitenciárias brasileiras caracteriza a extrema e grave violação a direitos fundamentais ensejadora da declaração do ECI.

Didaticamente, faremos uma exposição das condições materiais que devem estar presentes para reconhecimento do ECI, contrapondo-as à realidade do sistema carcerário brasileiro.

a) Existência de falhas estruturais nas políticas públicas, determinantes de graves e massivas violações dos direitos fundamentais: conforme investigamos

³⁵² Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no julgamento do RE nº 580.252: “Por fim, é importante ter em conta que a solução proposta se justifica pelo caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções do sistema prisional brasileiro. Como se viu, o descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária. Trata-se de um verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, cuja superação é complexa e custosa e exige a execução de um amplo conjunto de medidas, articulado por todas as esferas de poder. É diante desse contexto que se afirma que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos e que é preciso adotar um modelo de reparação alternativo, que opere de forma não pecuniária, por meio da remição da pena.”

³⁵³ BRASIL. ADPF 347, 2015.

profundamente no capítulo 1 deste trabalho, a situação dos presídios brasileiros é de verdadeiro caos, total falência e desrespeito aos direitos fundamentais dos presos.

Superlotação, péssimas condições higiênicas, ausência de celas específicas para diferentes grupos de presos, especialmente àqueles com necessidades especiais, disseminação de doenças ante a precária assistência à saúde oferecida, deficiências quanto à assistência social, jurídica e educacional aos reclusos, ociosidade, ausência de condições para o exercício do trabalho são alguns exemplos do verdadeiro suplício em que a pena privativa de liberdade é cumprida nos presídios brasileiros, caracterizando o antagonismo entre a validade formal e substancial das normas penais brasileiras.

A omissão do Poder Público em executar os preceitos constitucionais, as leis de execução penal e tratados internacionais que consagram os direitos fundamentais dos presos é crônica e constante no decorrer da história do sistema prisional brasileiro, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Sistema Carcerário chega ao ponto de afirmar que os presos são tratados como “lixos humanos”.³⁵⁴

b) Existência de omissão inconstitucional reiterada e que perdure por tempo razoável, determinando o não cumprimento dos preceitos constitucionais e a violação aos direitos fundamentais: novamente nos reportamos ao capítulo 1 do presente trabalho, por meio do qual, investigamos que a Lei de Execuções Penais contempla dispositivos legais que se coadunam com a teoria do garantismo penal, assegurando um sistema normativo penal racional, legítimo e justo para a execução da pena privativa de liberdade, ancorado em preceitos constitucionais e tratados internacionais que dispõem sobre o respeito à dignidade do preso, não obstante, na prática, os direitos fundamentais dos reclusos não são observados.

É certo que não se trata da inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, mantêm-se incapazes e manifestam verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.³⁵⁵

Carlos Alexandre de Azevedo Campos ainda sustenta que:

Nesse quadro amplo de deficiências estatais, insere-se a omissão inconstitucional sob a perspectiva material proposta nesta tese [...]. A falha

³⁵⁴ BRASIL, 2009, p. 172.

³⁵⁵ CAMPOS, 2016, p. 273.

estrutural, no caso do sistema carcerário, tem matriz na deficiência de políticas públicas, incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades, independentemente da tipologia dos enunciados normativos constitucionais envolvidos e de ordens expressas de legislar. Leis que, na prática, se revelam insuficientes ante as falhas em sua implementação, promovendo proteção deficiente dos direitos fundamentais dos presos.³⁵⁶

A violação sistemática, grave e reiterada dos direitos dos presos no sistema carcerário brasileiro é fruto do “mau funcionamento estrutural e histórico do Estado”³⁵⁷, as omissões dos poderes, órgãos e entidades federais e estaduais decorrem de décadas de negligência, ensejando a condição material de omissão inconstitucional apta a declarar a existência do ECI.

c) Necessidade de medidas estruturais para solução das falhas nas políticas públicas penitenciárias: a complexa e caótica situação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, com falhas estruturais nas políticas públicas que envolvem omissões inconstitucionais de diversos poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, requer esforços em conjunto, para que existam reais chances de superação.

A magnitude da violação aos direitos fundamentais dos reclusos, exposta por meio de dados estatísticos no capítulo 1 deste trabalho, demonstra que a atuação de apenas um órgão, autoridade ou poder, de forma isolada, não será capaz de solucionar o problema de décadas de descaso relacionado à garantia de efetividade dos presos.

A redução ou eliminação desse ECI requer atuação de diversos órgãos, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade. Trata-se de litígio estrutural, de modo que são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, que exige o envolvimento de uma pluralidade de autoridades públicas. A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. Ao contrário, a solução requer “remédios estruturais”.³⁵⁸

Desta forma, as respostas às falhas estruturais das políticas públicas penitenciárias somente serão alcançadas por meio de medidas coordenadas entre os diferentes poderes, órgãos e autoridades, “a intervenção judicial, para aproveitar ao grande número de presos

³⁵⁶ CAMPOS, 2016, p. 273.

³⁵⁷ Ibid., loc. cit.

³⁵⁸ Ibid., p. 274.

cujos direitos são violados, deve dirigir-se a várias entidades estatais, federais e estaduais, responsáveis pelas falhas sistemáticas”.³⁵⁹

Portanto, o litígio estrutural envolvendo o sistema carcerário demanda que a intervenção judicial compreenda ordens estruturais complexas, cujas medidas para superação do ECI devem ser coordenadas e de naturezas diversas, dirigindo-se a diversos órgãos e entidades, de todos os níveis federativos e poderes, caracterizando-se verdadeiros remédios estruturais.³⁶⁰

d) Potencialidade de demandas repetitivas, que poderiam produzir congestionamento da máquina judiciária: o sistema penitenciário segundo dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça³⁶¹ possui atualmente 2.770 estabelecimentos penais no Brasil, com o total de 392.340 vagas, ocupadas por 647.410 presos, que sobrevivem em situação degradante, com violações sistemáticas a seus direitos fundamentais.

O cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais desprovidos de condições dignas e salubres gera a possibilidade de o Estado ser responsabilizado civilmente pelos danos físicos, psíquicos e morais causados a cada um dos presos³⁶², possibilitando um número imenso de demandas que certamente produziriam congestionamento da máquina judiciária.

O tratamento desumano, além de grave violação à ordem objetiva dos direitos fundamentais, faz surgir a pretensão individual dos presos tanto às condições mínimas do cárcere, quanto à reparação pelos danos causados pelas instalações precárias e pela superlotação. Consideradas essas possibilidades, a correção do sistema pode ser, de forma preventiva, meio de evitar custos maiores ao poder público.³⁶³

Concluimos, portanto, que as quatro condições materiais para reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro estão presentes, impelindo-nos a examinar a aptidão institucional e política do Poder Judiciário brasileiro para declaração do ECI.

3.2 Condições institucionais e políticas para o reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro

³⁵⁹ CAMPOS, 2016, p. 274.

³⁶⁰ Ibid., p. 275.

³⁶¹ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 16 ago. 2016.

³⁶² CAMPOS, op. cit., p. 275.

³⁶³ Ibid., p. 275-276.

Conforme indicam nossos estudos, o sistema carcerário brasileiro preenche todas as condições materiais para declaração do ECI, caracterizando-se por uma situação dramática de violação aos direitos fundamentais dos presos, superlotação e cumprimento da pena de forma indigna, marcadas por falhas estruturais decorrentes de décadas de omissões inconstitucionais dos três Poderes, autoridades e órgãos de todos os níveis federativos, cuja solução enseja a execução de complexas medidas coordenadas entre todos os Poderes, entes e autoridades envolvidas.

Resta-nos responder se, em abstrato, institucional e politicamente, estão presentes os requisitos para declaração do ECI.³⁶⁴

Antes de adentrarmos na análise dos requisitos institucionais e políticos para declaração do ECI, é importante frisarmos que o órgão jurisdicional legitimado para eventual declaração do ECI deve ser apenas o STF, ante a estrutura lógica do instituto, que trata de litígio estrutural.

Neste sentido, o próprio conceito/técnica do ECI e a consequência de sua declaração, com a determinação de ordens estruturais a diversas autoridades, órgãos e poderes indica que somente a Corte Constitucional poderá declarar a existência do ECI no Brasil. Qualquer outro órgão do Poder Judiciário, que não o STF, não teria a legitimidade necessária para a expedição das ordens estruturais aptas à superação do ECI.

Delimitando a competência para declaração do ECI ao STF, passaremos a investigar sua capacidade institucional e política para o manejo do ECI, ou seja, presentes os requisitos materiais, seria possível a declaração do ECI pelo STF?

Nossa Constituição Federal elenca um extenso rol de direitos fundamentais; em seu artigo 5º, XLIX assegura aos presos o exercício de todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, incluindo o respeito à integridade física e moral, visando garantir a dignidade do preso, vinculando obrigações objetivas ao Estado, que possui legitimidade para exercer o *jus puniendi* obedecendo estritamente os limites legais (conforme estudamos no capítulo 1 deste trabalho).

Nesta dissertação desenvolvemos a ideia de que o Estado é responsável pela adoção de medidas suficientes e necessárias para proteger de forma eficaz e objetiva os direitos fundamentais, e havendo desrespeito aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário deverá intervir visando garantir e efetivar os direitos previstos pela Constituição Federal.

³⁶⁴ CAMPOS, 2016, p. 257.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos sustenta que “a Constituição de 1988 também previu mecanismos institucionais que permitem ao Supremo declarar o ECI e seguir ordens estruturais dirigidas à superação desse estado.”³⁶⁵

O professor Campos lista o mandado de injunção, o recurso extraordinário quando reconhecida a repercussão geral da matéria e, principalmente, a Arguição de Preceito Fundamental – ADPF como instrumentos aptos à declaração do ECI pelo STF, permitindo que sejam expedidas ordens estruturais visando à superação das omissões inconstitucionais.

366

O mandado de injunção, destinado à superação de omissões legislativas e administrativas e sendo possível a atuação normativa direta pelo juiz constitucional, é uma opção. Outro instrumento pode ser o recurso extraordinário quando reconhecida a repercussão geral da matéria envolvida. É possível, em extraordinários com repercussão geral, serem tomadas decisões que afetem a todos e, assim, versarem litígios estruturais. Decide-se o caso em mãos, porém, a matéria de fundo aproveitará e alcançará a todos, valendo para superar falhas estruturais e violações massivas de direitos fundamentais.³⁶⁷

Para o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o melhor instrumento para declaração do ECI pelo STF é por meio da ADPF, tendo em vista sua ampla aplicação e natureza de processo objetivo.³⁶⁸

Dentro do conceito de “ato do Poder Público” (artigo, 1º, *caput*, da Lei 9.982/99), como objeto de controle pela ADPF, encaixa-se, perfeitamente, a noção de falhas estruturais e de “realidade inconstitucional”. Ato do Poder Público não é apenas ato isolado ou comissivo de um poder, mas podem ser atos de diferentes autoridades, órgãos e poderes, e também a omissão generalizada e persistente. Ademais, esses atos podem ser da competência das três distintas esferas federativas. Daí por que podem ser incluídas, como objeto da ADPF, falhas estruturais, que configuram deficiências de formulação e implementação de políticas públicas. O mais, não há qualquer dúvida que a violação massiva e persistente de direitos fundamentais satisfaz, com sobras, o requisito “lesão a preceito fundamental”.³⁶⁹

A Lei 9.982/99, especialmente em seu artigo 10, *caput* e § 3º, criadora da ADPF, autoriza a utilização pelo STF de remédios estruturais, haja vista que permite ao STF proferir sentenças estruturais, fixando condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, comunicando às diversas autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos

³⁶⁵ CAMPOS, 2016, p. 259.

³⁶⁶ *Ibid.*, loc. cit.

³⁶⁷ *Ibid.*, loc. cit.

³⁶⁸ *Ibid.*, loc. cit.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 259-260.

atos, possuindo eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público, possibilitando ainda, por meio do artigo 5º, § 3º a expedição de medida liminar, que poderá consistir em qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.³⁷⁰

Para Campos “o ponto fraco da ADPF fica por conta da legitimidade processual ativa, que é a mesma das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade”³⁷¹, que para o professor, deveria ser ampliada.

Portanto, do ponto de vista institucional, nossa Constituição prevê instrumentos aptos a serem manejados pelo STF para declaração do ECI, devendo superar suas próprias deficiências institucionais, principalmente quanto à alta quantidade de processos pendentes de julgamentos. Ademais, conforme destaca Campos, é preciso que o Supremo forme sua agenda e supere deficiências deliberativas, visando proferir decisões estruturais complexas de forma consensual entre seus membros, tendo em vista a necessidade de adoção de medidas coordenadas e monitoramento constante das ordens estruturais proferidas.³⁷²

Em relação às falhas estruturais das políticas públicas penitenciárias e a decorrente existência de violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos presos, os votos dos ministros destacados neste capítulo em relação aos julgamentos dos RE nº 641.320, RE nº 580.252, RE nº 592.581 e ADI nº 5.170, e na concessão da medida liminar na ADPF nº 347, parecem indicar que o consenso dos ministros do Supremo quanto a omissões inconstitucionais que tornam o cumprimento da pena privativa de liberdade um verdadeiro suplício, bem como à necessidade de intervenção judicial, no exercício do papel contramajoritário do STF para superação desse estado.

Em relação aos requisitos políticos, a questão envolvendo falhas estruturais em políticas públicas que ocasionam a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais dos presos possui pouco atrativo eleitoral – além dos condenados não votarem, há claro receio dos governantes quanto aos “custos políticos da reação negativa por parte de seus eleitores ou dos conflitos que podem surgir dentro de sua coalizão”.³⁷³

A população carcerária está em clara situação de vulnerabilidade, constituindo minoria estigmatizada e desprovida de representatividade política, não havendo prioridade na agenda política para melhoria das condições dos presídios. A própria sociedade, em geral,

³⁷⁰ CAMPOS, 2016., p. 260.

³⁷¹ Ibid., loc. cit.

³⁷² Ibid., p. 260-261.

³⁷³ Ibid., p. 263.

despreza os presidiários. Esse cenário ocasiona bloqueios políticos habitualmente insuperáveis, legitimando a intervenção judicial estrutural para sua superação.³⁷⁴

Essa impopularidade dos presos faz com que poucos políticos tenham vontade de lutar pela aplicação de recursos públicos em um sistema carcerário que ofereça condições de existência digna. Isso significa que bloqueios políticos, a gerarem falhas estruturais, permanecerão sem que haja intervenção judicial. A omissão estatal inconstitucional está tanto na base quanto no agravamento do ECI relativo ao sistema carcerário brasileiro. As condições intoleráveis dos prisioneiros permanecerão ante a falta de incentivos para a ação legislativa e executiva, o que só pode ser modificado a partir de medidas estruturais ditadas judicialmente.³⁷⁵

Concluimos, portanto, que, presentes as condições materiais, o STF preenche os requisitos institucionais e políticos para resolver o litígio estrutural envolvendo falhas estruturais que causem violação massiva e reiterada a direitos fundamentais, especialmente quando se trata de pessoas em situação de maior vulnerabilidade.³⁷⁶

3.3 A ADPF nº 347

O objetivo principal da ADPF nº 347 é a declaração expressa da existência do ECI no sistema carcerário brasileiro, reconhecendo-se a falha estrutural das políticas públicas penitenciárias, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, e que geram lesões a preceitos fundamentais dos presos, havendo necessidade de remédios estruturais para a superação desse estado.³⁷⁷

A violação aos direitos fundamentais dos reclusos, que se caracterizam por um grupo minoritário e fortemente estigmatizado, legitima, segundo se depreende da análise da ADPF nº 347, o exercício do papel contramajoritário do STF, desempenhando uma intervenção de jurisdição constitucional diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais.³⁷⁸

³⁷⁴ CAMPOS, 2016, p. 274.

³⁷⁵ Ibid., p. 275.

³⁷⁶ Ibid., p. 264.

³⁷⁷ Ibid., p. 285.

³⁷⁸ A petição inicial da ADPF nº 347 detalha a situação caótica dos presos no sistema carcerário brasileiro, descrevendo as inúmeras violações aos direitos fundamentais dos presos, tal como estudamos no capítulo 1 deste trabalho: “As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e

Carlos Alexandre de Azevedo Campos sistematizou os fundamentos do PSOL para legitimar o preenchimento das condições necessárias ao reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro:

(i) vigência de um quadro de violação massiva de diversos preceitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos; (ii) o quadro possuir origem na multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial: falhas estruturais em políticas públicas; (iii) alcance da solução do problema por meio da adoção de medidas, voltadas à melhoria das condições carcerárias e à reversão do processo de hiperencarceramento, por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal.³⁷⁹

De fato, investigamos e concluímos neste trabalho que as condições fáticas e jurídicas para a declaração do ECI no sistema carcerário brasileiro estão presentes, fundamentando a necessidade de remédios estruturais envolvendo medidas a serem tomadas por diversos órgãos, poderes e autoridades, de todos os níveis federativos, para superação da violação massiva dos direitos fundamentais dos presos.

Expressamente, a petição inicial da ADPF nº 347 expõe:

Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição da República do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, no desempenho da sua função maior de guardião da Constituição.³⁸⁰

O PSOL, ao interpor a ADPF nº 347, destaca que, apesar das violações massivas e sistemáticas aos direitos dos presos, fato amplamente conhecido pelas autoridades de todos os Poderes e níveis federativos, a União Federal reiteradamente contingencia³⁸¹ os recursos do

ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.” (BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 2).

³⁷⁹ CAMPOS, 2016, p. 285.

³⁸⁰ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 15.

³⁸¹ “O Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado pela Lei Complementar nº 79/1994, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994, conta com recursos destinados ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro.118 O FUNPEN é composto por diferentes verbas, dentre as quais 50% das custas judiciais recebidas em favor da União e 3% dos recursos arrecadados com loterias e sorteios federais. A gestão dos recursos do FUNPEN é atribuição do Departamento Penitenciário

Fundo Penitenciário – FUNPEN³⁸², privando os Estados de importante repasse de valores e desta forma, dificultando ainda mais a adoção das medidas necessárias à melhoria das condições carcerárias no país.³⁸³

O próprio Poder Judiciário é omissivo em garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos presos, destacando-se, por meio da ADPF nº 347: a) a não aplicação do artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – normas em vigor e autoaplicáveis, nos termos do artigo 5º § 1º, da Constituição, garantidoras de direitos fundamentais, especificamente o direito à audiência de custódia³⁸⁴; b) a não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, sem a devida fundamentação; c) a não consideração das condições degradantes das prisões brasileiras durante a aplicação e cumprimento da pena, fator que implica na maior gravidade das condições da execução da pena do que as previstas legalmente e impostas pelo Poder Judiciário, ofendendo-se, com isso, o princípio da proporcionalidade.

A ADPF nº 347 sustenta que o Poder Legislativo contribuiu para o quadro de violação massiva aos direitos fundamentais dos presos ao estabelecer políticas criminais insensíveis à falência do sistema carcerário, agravando a superlotação dos presídios, contrária à segurança pública, com nítido aspecto populista gerando uma “legislação penal simbólica”.³⁸⁵

Ante o cenário de falhas estruturais nas políticas públicas e ausência de capacidade institucional de apenas um órgão, autoridade ou Poder para sanar as violações aos direitos

Nacional - DEPEN, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. Porém, apesar da situação calamitosa do sistema penitenciário brasileiro, a maior parte dos recursos disponíveis do FUNPEN não é efetivamente gasta. Segundo informações do DEPEN, atualmente o saldo contábil do fundo corresponde a cerca de R\$ 2,2 bilhões.¹¹⁹ Um dos entraves para o uso destes recursos é o contingenciamento orçamentário realizado pelo governo federal, visando a atingir as metas fiscais.¹²⁰ No ano de 2013, calcula-se que menos de 20% dos gastos orçamentariamente autorizados do referido fundo foram efetivamente realizados.” ADPF nº 347, *op. cit.*, p. 50.

³⁸² Sobre o tema, o Projeto de Lei Complementar – PLC nº 25 de 2014, de autoria da Senadora Maria Amélia, em trâmite perante o Senado, prevê a alteração da Lei Complementar nº 79/1994, que cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN para: a) estabelecer que os créditos orçamentários programados no FUNPEN não serão alvos de limitação de empenho prevista no art. 9º da Lei Complementar nº 101/2000; b) vetar a imposição de quaisquer limites à execução da programação financeira relativa às fontes vinculadas no FUNPEN, exceto quando houver frustração na arrecadação das receitas correspondentes; e c) vetar a programação orçamentária dos créditos de fontes vinculadas do FUNPEN em reservas de contingência de natureza primária ou financeira.

³⁸³ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 17.

³⁸⁴ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 17. Segundo o art. 7º, 5, do Pacto de São Jose da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo." O artigo 9.3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos determina que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz”. A observância da audiência de custódia, segundo a ADPF nº 347 “poderia contribuir para redução da superlotação das prisões e para evitar restrições injustificadas à liberdade de acusados ainda não condenados definitivamente.”

³⁸⁵ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 18.

fundamentais dos presos, a ADPF expõe o nítido bloqueio institucional, bem como a ausência de outro instrumento idôneo, que não à própria ADPF, para defesa dos preceitos fundamentais violados, por meio da intervenção judicial do STF, através de ativismo judicial estrutural.³⁸⁶

Abordamos no capítulo 2 deste trabalho que a ofensa à democracia e questionamentos quanto à capacidade institucional do Poder Judiciário são constantes críticas ao ativismo judicial, questões que não deixaram de ser enfrentadas pelo PSOL na interposição da ADPF.

A ADPF afasta as críticas quanto à atuação judicial estrutural na intervenção das políticas públicas a serem elaboradas pelo Poder Público ao sustentar democraticamente a intervenção jurisdicional como única forma de proteção a grupos vulneráveis (na situação concreta, os presidiários) contra violações sistemáticas a seus direitos fundamentais.³⁸⁷

Quanto à crítica à capacidade institucional do Poder Judiciário ante o déficit de expertises em temas multidisciplinares nos quais se desenvolvem as políticas públicas, a ADPF fundamenta que a não intervenção judicial irá determinar a continuidade da atuação falha do Poder Executivo e Legislativo, que estão omissos há décadas em elaborar e executar políticas públicas aptas sanar a caótica situação do sistema carcerário brasileiro.³⁸⁸

Outro ponto de destaque da ADPF nº 347 é a nítida opção pelo ativismo estrutural dialógico, na medida em que expõe que a melhor solução para superação do ECI é a adoção de ordens flexíveis “baseadas no diálogo e cooperação entre os diversos poderes estatais”, com o monitoramento das ordens estruturais pelo Poder Judiciário.³⁸⁹

³⁸⁶ “Na hipótese, não há qualquer outro instrumento no âmbito do controle abstrato de normas que possa sanar as lesões a preceitos fundamentais antes ressaltadas. Afinal, não se discute nesta ação a inconstitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição, nem tampouco alguma omissão legislativa inconstitucional. No arsenal de instrumentos disponíveis na jurisdição constitucional concentrada, não há nenhum outro instrumento, além da ADPF, que se preste a atingir os objetivos colimados nesta inicial.” BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 18.

³⁸⁷ “Quanto à objeção democrática, cabe ressaltar que a democracia não é o simples predomínio da vontade da maioria, mas um sistema político que se assenta também no respeito aos direitos fundamentais das pessoas, tido como pressuposto inafastável para o adequado funcionamento do regime democrático. Por isso, não ofende a democracia a atuação jurisdicional que se volte à proteção de direitos fundamentais, especialmente de minorias vulneráveis e impopulares, como são os presos. A proteção dos direitos básicos dos integrantes destes grupos não pode ficar condicionada aos azares da política majoritária ou às preferências da burocracia estatal, sob pena do seu completo esvaziamento.” BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 19.

³⁸⁸ “[...] 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 mais 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.” BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 20-21.

³⁸⁹ A ADPF exemplifica que a expedição de ordens judiciais flexíveis “não é de todo estranha à jurisdição brasileira. Em recente decisão proferida em ação civil pública, em que se discutia a falta de vagas em creches no

O PSOL fundamenta os pedidos da ADPF nº 347 na necessidade de reconhecimento e declaração do ECI no sistema carcerário brasileiro e como medidas estruturais a serem tomadas elenca: a) necessidade de elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial, visando ao enfrentamento do problema prisional brasileiro; b) imposição da realização de audiências de custódia a todo o Poder Judiciário brasileiro; c) consideração do estado de coisas inconstitucional na decisão sobre a prisão provisória e necessidade de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão; d) consideração do estado de coisas inconstitucional na aplicação e execução da pena.³⁹⁰

Brevemente, analisaremos cada uma das medidas estruturais postuladas pela ADPF nº 347.

a) necessidade de elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial

Conforme estudamos, o ativismo judicial estrutural dialógico deve permear a declaração do ECI, agindo o Poder Judiciário de modo a coordenar o diálogo entre as diversas autoridades, órgãos e Poderes, visando à superação dos bloqueios institucionais e políticos que originaram as falhas estruturais nas políticas públicas.

A Constituição Federal atribuiu ao Poder Executivo a competência para elaborar e implementar o ciclo da política pública, argumentando a ADPF nº 347 a necessidade de respeito a esta iniciativa, tendo em vista o princípio democrático e a falta de expertises do Poder Judiciário aptos a elaborar um plano visando o enfrentamento do problema carcerário em âmbito federal e em cada um dos Estados, o PSOL postula que a União, o Distrito Federal e os Estados formulem planos, com estipulação de medidas objetivas, metas e prazos a serem cumpridos, sempre submetidos à aprovação e monitoramento do Corte, que poderá inclusive, valer-se de expertises independentes para avaliar a eficácia de implementação dos planos.³⁹¹

Município de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo obrigou o ente federativo a criar, no mínimo, 150.000 vagas novas até 2016 e a incluir em seu orçamento recursos suficientes para tal providência. Mas, diante da falta de *expertise* da Corte para definir o modo de cumprimento da obrigação, condenou também o referido município a formular, em 60 dias, um plano para ampliação de vagas e construção de novas unidades de educação infantil, e a apresentar semestralmente relatórios sobre as medidas adotadas em cumprimento do plano. O Tribunal determinou, ainda, que a execução do julgado fosse monitorada com o auxílio da Coordenadoria de Infância e Juventude daquela corte, em articulação com a sociedade civil, a Defensoria Pública e o Ministério Público.” BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 22.

³⁹⁰ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 52-68.

³⁹¹ “Por isso, e considerando tanto déficit de *expertise* do Poder Judiciário para formulação de políticas públicas, como o próprio princípio democrático, convém atribuir primariamente aos governos da União Federal, do Distrito Federal e dos Estados a incumbência de elaborar cada um o seu plano, visando ao enfrentamento do

Na hipótese dos planos não serem apresentados ou caso as medidas sejam insuficientes para superação do ECI, caberá à Corte a elaboração de medidas alternativas ou adicionais.

O monitoramento judicial é uma das mais importantes medidas judiciais para o sucesso da declaração do ECI e superação do estado de inconstitucionalidades. Ao analisarmos as decisões proferidas pela Corte Colombiana, fica claro que a Tutela 153, de 1998, que reconheceu o ECI no sistema penitenciário colombiano não conseguiu solucionar completamente o problema exatamente devido à falta de acompanhamento judicial sobre a implementação das medidas necessárias à superação do ECI.

Esse erro não foi repetido na *Sentencia* T-025, de 2004, que declarou o ECI em razão da grave e geral violação aos direitos das pessoas em condição de deslocamento interno forçado, neste caso a Corte Colombiana preocupou-se em supervisionar o cumprimento das ordens emanadas, visando garantir sua eficácia, realizando diversas audiências públicas e autos de seguimento, por meio dos quais a Corte conseguiu avaliar o cumprimento pelas autoridades públicas das ordens proferidas na sentença, atribuindo à responsabilidade de cada autoridade, órgão e Poder e, a partir dos resultados, decretar novas ordens para melhoria das políticas públicas necessárias à superação do ECI.

A ADPF nº 347 argumenta que o primeiro plano a ser apresentado e aprovado pela Corte deve ser o nacional, posto que os planos estaduais deverão estar adequados ao plano federal. Destaca ainda que a União deverá, efetivamente, elaborar um plano nacional (voltado à superação do ECI em todo sistema carcerário brasileiro) e não apenas federal (limitado às questões relacionadas aos presídios federais). Foi sugerido na ADPF que o plano nacional fosse elaborado em prazo de até 3 (três) meses com a previsão de medidas objetivas a serem

problema prisional ora vivenciado. Tais planos devem estabelecer medidas objetivas, prever metas e prazos para a sua implementação, bem como reservar os recursos necessários para tanto, de modo a buscar o equacionamento de questões como a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a precariedade das suas instalações, a carência e falta de treinamento adequado de pessoal nos presídios, o excesso do número de presos provisórios, a prática sistemática de violência contra os detentos, a falta de assistência material, de acesso à justiça, à saúde, à educação e ao trabalho dos presos, bem como as discriminações diretas e indiretas praticadas contra mulheres, minorias sexuais e outros grupos vulneráveis nas prisões. É importante que esses planos, depois de discutidos no âmbito do processo constitucional, sejam submetidos à aprovação da Corte, de forma a vincular quem os formulou. Caso os planos não sejam apresentados, ou os seus termos sejam considerados inadequados ou insuficientes, caberá ao STF, evidentemente, impor as medidas substitutivas ou adicionais que considerar apropriadas para a superação do estado de coisas inconstitucional. Aprovados os planos, não deve se encerrar aí a jurisdição do STF. Pelo contrário, é fundamental que ocorra, em seguida, o *monitoramento* da sua implementação, como se deu no caso dos *desplazados*, julgado pela Corte Constitucional colombiana, a fim de assegurar a efetividade das soluções propostas. (BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 51-52)

tomadas em um período máximo de 3 (três) anos, visando equacionar o problema carcerário brasileiro.³⁹²

Após a apresentação do plano nacional, a ADPF postula que a Corte determine um prazo (sugestionado em 3 meses) para que o Distrito Federal e os Estados apresentem seus respectivos planos para aprovação e monitoramento do STF, contendo medidas objetivas, metas, prazos e indicação de recursos para a superação do ECI, em um período de 2 anos.

b) imposição da realização de audiências de custódia a todo o Poder Judiciário brasileiro

A ADPF nº 347 argumenta, com fundamentada razão, que um dos graves problemas do sistema carcerário brasileiro é a excessiva quantidade de presos provisórios³⁹³, a decretação da prisão processual é banalizada e muitos presos provisórios, ao final do julgamento são absolvidos ou a pena é substituída por pena restritiva de direitos, em clara demonstração de violação do direito da liberdade e da presunção de inocência.³⁹⁴

O excessivo número de presos provisórios contribui de forma significativa para agravar o quadro de superlotação penitenciária; diante desse cenário, a audiência de custódia³⁹⁵ (que “consiste na pronta apresentação do preso ao juiz, para que este decida sobre a juridicidade da prisão”) é um mecanismo apto a: a) garantir a legalidade das prisões processuais; b) evitar constrições desnecessárias ou abusivas à liberdade; c) detectar eventuais maus-tratos praticados contra o preso.³⁹⁶

O PSOL fundamenta que havendo previsão da audiência de custódia no artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica, tratados ratificados pelo Brasil, e, portanto, internalizados em nosso ordenamento jurídico com hierarquia supralegal³⁹⁷, com aplicabilidade imediata, haja vista tratarem de garantia de direito fundamental, haveria desnecessidade de legislação específica autorizando a realização

³⁹² “Apresentado o plano nacional, o STF deve ouvir o CNJ, o PGR, a Defensoria Geral da União, o Conselho Federal da OAB e o CNMP, facultando-se a manifestação de outros órgãos e interessados. Deve, ainda, realizar audiência pública para discuti-lo com a sociedade civil.” (BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 53)

³⁹³ Conforme analisamos no capítulo 1, segundo dados do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça, do total de presos no sistema penitenciário brasileiro, aproximadamente 41% (quarenta e um por cento) são presos provisórios.

³⁹⁴ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 53.

³⁹⁵ Prevista de forma expressa no artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e artigo 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica.

³⁹⁶ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 55.

³⁹⁷ R.E. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006. “O STF vem reconhecendo que direitos fundamentais previstos em tratados internacionais têm aplicabilidade imediata e preponderam sobre a legislação infraconstitucional conflitante.” (BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 56)

da audiência de custódia, contudo, a jurisprudência pátria “vem se orientando no sentido contrário à aplicação imediata da garantia convencional da audiência de custódia”, afirmando a necessidade de lei interna para exigibilidade da audiência de custódia.³⁹⁸

A ADPF destaca que a mera comunicação ao juiz a respeito da prisão, nos termos do artigo 306 do Código de Processo Penal (CPP)³⁹⁹, não satisfaz o direito à audiência de custódia, posto que não garante o comparecimento pessoal do preso perante o juiz.⁴⁰⁰

O PSOL fundamenta ainda que “a experiência até agora com as audiências de custódia, decorrente da feliz iniciativa do CNJ, tem revelado que se trata de medida extremamente eficaz para a tutela dos direitos fundamentais dos presos”.⁴⁰¹

c) consideração do estado de coisas inconstitucional na decisão sobre a prisão provisória e necessidade de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão

Diante do dramático quadro de superlotação carcerária, aumentado pela significativa quantidade de prisões processuais, o autor da ADPF fundamentou a necessidade do processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas não se desvincular da realidade empírica sobre a qual incide, combatendo-se a cultura do encarceramento no Poder Judiciário brasileiro, dando-se efetividade à Constituição Federal e às leis processuais penais internas e normas internacionais, tratando-se a prisão processual como última medida, primordialmente buscando-se adoção de medidas alternativas à prisão, tal como a monitoração eletrônica (uma das espécies de medidas cautelares à prisão, introduzida por meio da Lei 12.403/2011 que alterou o artigo 319 do CPP).⁴⁰²

Argumenta-se que a prisão provisória deve ser utilizada com extrema moderação, exigindo-se maior ônus argumentativo para fundamentação de sua necessidade, justificando-

³⁹⁸ Sobre a regulamentação legislativa da audiência de custódia, tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 554, de iniciativa do Senador Antonio Carlos Valadares. BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 55-56.

³⁹⁹ Artigo 306 CPP: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

⁴⁰⁰ “É necessário que haja o *comparecimento pessoal* do preso, que deve ter a oportunidade de se dirigir ao magistrado. É o que vem decidindo reiteradamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso *Acosta Calderón v. Equador*, em que averbou que “*o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o preso deve comparecer pessoalmente e dar a sua declaração perante o juiz*”. Na mesma linha, no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez v. Equador*, a Corte Interamericana destacou que “*para satisfazer a exigência do artigo 7.5 de ‘ser levado ante um juiz, a autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o preso e valorar todas as explicações que este forneça, para decidir se procede a libertação ou a manutenção da privação de liberdade*”. (BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 56-57).

⁴⁰¹ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 57.

⁴⁰² BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 58-59.

se de forma expressa a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão.⁴⁰³

d) consideração do estado de coisas inconstitucional na aplicação e execução da pena

O autor da ADPF destaca que o princípio da humanidade, deve estar presente no cumprimento da pena privativa de liberdade, vedando-se a aplicação de penas cruéis (artigo 5º, XLVII da CF), não apenas de forma abstrata, avaliando-se a crueldade das penas durante a concreta execução da pena.⁴⁰⁴

De forma geral, conforme investigamos no capítulo 1 deste trabalho, a pena é cumprida em contexto extremamente degradante e violador de direitos fundamentais. A forma degradante de cumprimento da pena afasta a proporcionalidade de sua aplicação em relação ao crime praticado.

Considerando a realidade carcerária, a ADPF propõe: a) os juízes deverão atribuir absoluta preferência às sanções alternativas à prisão, evitando-se que o indivíduo permaneça preso e submetido a tratamentos desumanos e degradantes nos estabelecimentos prisionais brasileiros; b) considerando que as penas não são cumpridas na forma estabelecida pelas normas vigentes, mas muitas vezes cumpridas em condições muito mais gravosas que as previstas no ordenamento (em condições degradantes), os limites mínimo e máximo da pena abstratamente previstos podem se tornar manifestamente desproporcionais, sendo lícito ao juiz da execução penal⁴⁰⁵, no caso concreto, reajustar o limite de cumprimento da pena, sob pena de ofensa à proporcionalidade da sanção.⁴⁰⁶

Quanto à adequação da proporcionalidade do tempo de cumprimento da pena, o autor da ADPF aduz que:

⁴⁰³ “Pela fundamentação, deve ser possível aferir e controlar a compatibilidade da prisão com o princípio da proporcionalidade, o que pressupõe o exame da suficiência ou não de medidas alternativas menos gravosas, previstas pelo próprio legislador. Porém, esta imposição não vem sendo observada pelos juízes brasileiros, que, ao decretarem prisões provisórias, no mais das vezes nem cogitam da aplicação de medidas cautelares alternativas.” (BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 59-60)

⁴⁰⁴ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 61-62.

⁴⁰⁵ “O juízo da execução penal é o que tem as melhores condições para aquilatar a desproporção entre a pena em cumprimento e a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. É que, embora os problemas existentes no sistema carcerário brasileiro sejam generalizados, existem instituições prisionais em que as condições são muito piores do que outras. O juízo da execução, por deter a informação sobre o local ou locais em que cada condenado cumpriu e cumpre a sua pena, está aparelhado para fazer esta avaliação da proporcionalidade *in concreto*.” (BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 64-65).

⁴⁰⁶ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 62-63.

Não se trata de desprezar os termos e limites da lei penal. Mas, para que a própria proporção sancionatória vislumbrada pelo legislador seja *mantida*, o aumento fático da *intensidade* da pena – isto é, o agravamento das condições reais em que se dá o seu cumprimento, em comparação com o que prevê a legislação – demanda que a respectiva *duração* seja diminuída, de forma correspondente.⁴⁰⁷

Caso o juízo da execução penal avalie que as condições de efetivo cumprimento da pena são piores que aquela imposta pela ordem jurídica, e pressuposta pela sentença condenatória, deve reconhecer o poder-dever de concretizar o princípio da proporcionalidade, abrindo “as exigências temporais para a fruição de certos benefícios, como a progressão de regime prisional, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, bem como para reconhecer o cumprimento antecipado da pena”, o autor da ADPF sugere, por exemplo, que cada 3 (três) dias de pena cumprida em instituições degradantes equivaleriam a 4 (quatro) dias de pena.⁴⁰⁸

3.3.1 Medidas cautelares e pedidos definitivos da ADPF nº 347

O PSOL solicitou cautelarmente que o STF adotasse as seguintes medidas: a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal; b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão; e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento

⁴⁰⁷ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 63

⁴⁰⁸ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 65.

condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima; e h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro.⁴⁰⁹

O julgamento das medidas cautelares postuladas pela ADPF pelo plenário do STF ocorreu em 9 de setembro de 2015⁴¹⁰, reconhecendo-se cabível a arguição de

⁴⁰⁹ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 69-70.

⁴¹⁰ Ementa: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

“Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto

descumprimento de preceito fundamental para discussão judicial da situação degradante do sistema carcerário brasileiro, declarando o ECI no sistema carcerário brasileiro, decorrente do quadro massivo e persistente de violação aos direitos fundamentais dos presos, em razão de falhas estruturais e falência nas políticas públicas, cuja superação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Por maioria de votos deferiu-se parcialmente os pedidos cautelares para⁴¹¹: a) determinação imediata do descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vedação à União Federal quanto à realização de novos contingenciamentos; b) obrigação aos juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

A Corte Constitucional, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, para concessão de cautelar de ofício visando que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao STF informações sobre a situação prisional.

Diante da importância histórica do julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347, faremos uma exposição dos principais argumentos debatidos pelos Ministros do STF.

Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015. Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

⁴¹¹ Os pedidos cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, foram indeferidos, vencidos os Ministros Relator Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente Ministro Ricardo Lewandowski, que as deferiam; os Ministros assentaram em indeferir o pedido relativo à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, que reajustou o voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF fundamentou seu voto de forma a alcançar todos os pedidos da ADPF, reconhecendo o ECI no sistema carcerário brasileiro, argumentando a ausência de perspectivas de alteração do quadro de falhas estruturais decorrente de décadas de omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, fato gerador de violações massivas e reiteradas aos direitos fundamentais dos presos.

Apesar de muitos dos direitos violados serem assegurados na Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – e na Lei Complementar nº 79/94 – Lei do Fundo Penitenciário Nacional –, assiste-se à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro. A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. [...] A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.⁴¹²

O Ministro Marco Aurélio destacou em seu julgamento a responsabilidade do Poder Judiciário na caótica situação do sistema carcerário brasileiro, assentando o equívoco da chamada “cultura do encarceramento”, consignando-se o elevando número de presos provisórios (aproximadamente 41% do total dos presos do sistema carcerário) e os indicadores de que a maioria deles são absolvidos ou condenados a penas alternativas, denotando a desnecessidade de suas prisões. Destaca ainda a grande quantidade de presos além da quantia de tempo estipulada na sentença condenatória, denotando a falha na prestação da assistência judiciária.⁴¹³

⁴¹² BRASIL. ADPF/347.

⁴¹³ “Não é por menos que os mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça – CNJ tiveram como resultado a libertação, desde 2008, de dezenas de milhares de presos que já haviam cumprido pena. Os reclusos, muitas vezes, não possuem sequer informações sobre os processos criminais. É certo que o Judiciário e a Defensoria Pública contam com número insuficiente de Varas de Execuções Penais, implicando o encarceramento acima do que determinado judicialmente. A violação aos direitos fundamentais processuais dos presos agrava ainda mais o problema da superlotação carcerária.” (trecho do voto do Ministro Marco Aurélio)

Ao discorrer sobre a possibilidade de declaração do ECI no sistema carcerário brasileiro asseverou que:

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral. Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.⁴¹⁴

Os presos são uma minoria estigmatizada e desprezada socialmente, que não vota e nem é votada (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal), portanto, não goza de representação política direta. A opinião pública, em sua maioria, fortemente contrária ao aumento dos gastos públicos destinados à melhoria das condições de existência digna nas prisões, essa “rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança”. Os parlamentares e governantes abstêm-se de enfrentar o tema, temendo os custos políticos de atuarem em defesa dos direitos fundamentais dos presos. Esse quadro de bloqueio político, na opinião do Ministro, permanecerá caso não haja intervenção judicial, revelando-se necessária a atuação contramajoritária da Corte, atuando na defesa dos direitos fundamentais violados.

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

⁴¹⁴ BRASIL. ADPF/347.

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.⁴¹⁵

No que se refere à separação dos poderes, o Ministro argumenta que o Supremo não irá “substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias”, mas sim atuar de modo a superar bloqueios institucionais e políticos, diante da grave falha estrutural vigente no sistema carcerário brasileiro, atuando de forma dialógica com os outros Poderes e a sociedade.

O Ministro Relator Marco Aurélio, claramente, opta pelo ativismo estrutural dialógico, proferindo ordens estruturais flexíveis, cujo monitoramento é fundamental para o sucesso da superação do ECI no sistema carcerário brasileiro, a exemplo da decisão proferida pela Corte Colombiana na *Sentencia* T-025, de 2004. Segundo o Ministro, ao Supremo:

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República. Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. [...] Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo.⁴¹⁶

Ao proferir seu voto no julgamento das medidas cautelares requeridas, o Ministro Marco Aurélio votou pelo deferimento dos pedidos constantes nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, e “h”, determinando: a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou

⁴¹⁵ BRASIL. ADPF/347.

⁴¹⁶ BRASIL. ADPF/347.

manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.⁴¹⁷

O Ministro Edson Fachin ao proferir seu voto na análise das medidas cautelares da ADPF nº 347, argumentou que “os direitos dos encarcerados não encontram qualquer espaço na criação e implementação de políticas públicas (Executivo) e tampouco em qualquer atuação legislativa (Legislativo)”, reconhecendo que a separação dos poderes e os princípios democráticos não podem ser argumentos válidos a afastar a atuação do Poder Judiciário em situação na qual há clara violação aos direitos fundamentais dos presos, cujas condições de insalubridade são amplamente conhecidas pelas autoridades, destacando dados alarmantes do Infopen sobre a questão penitenciária.

Diante desse cenário, o Ministro Fachin reconheceu que “estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social”, fundamenta que “os direitos fundamentais dos presos, definitivos ou provisórios, padecem de proteção efetiva por parte do Estado”, concluindo pela legitimidade da atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais violados, reconhecendo a existência dos pressupostos aptos à declaração do ECI no sistema carcerário brasileiro, especialmente diante

⁴¹⁷ O Ministro Relator Marco Aurélio indeferiu as medidas cautelares postuladas nas alíneas “e” e “f” sob fundamento que: “o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, uma vez constatadas as condições desumanas do sistema carcerário, e o abatimento do tempo de prisão pelo mesmo motivo. Tenho-os como insubsistentes. Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto.” O Ministro julgou prejudicado o pedido da alínea “g” considerando que o Conselho Nacional de Justiça já atua de forma satisfatória nas questões que envolvem o sistema penitenciário. (BRASIL. ADPF/347).

da reiterada omissão do Poder Público em garantir as condições necessárias para efetivação dos direitos dos presos.

Em seu voto na análise das medidas cautelares, o Ministro deferiu os constantes nas alíneas “b” (acolhendo à pretensão quanto à realização da audiência de custódia), alínea “g” (referente aos mutirões carcerários) e alínea “h” (descontigenciamento das verbas existentes no FUNPEN, fixando prazo de até sessenta dias, a contar da publicação da presente decisão, para que a União proceda às adequações necessárias ao cumprimento da medida), indeferindo os pedidos contidos nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e”, “f”, entendendo que se confundem com o mérito da questão tratada na ADPF, dependendo de cognição exauriente para análise.

O Ministro Luís Roberto Barroso asseverou ser de amplo conhecimento as rotineiras violações aos direitos dos presos, bem como as assombrosas estatísticas sobre o sistema penitenciário brasileiro, afirmando a necessidade de amplo debate com a sociedade sobre o problema carcerário brasileiro, defendendo a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no combate às constantes violações aos direitos fundamentais dos presos.⁴¹⁸

No julgamento das medidas cautelares, o Ministro deferiu os pedidos formulados nas alíneas “b”, “g” e “h”, indeferindo os pedidos constantes nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f”.⁴¹⁹

Fundamentou, ainda, a necessidade de concessão de medida cautelar de ofício para determinar ao Governo Federal que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de um ano, um diagnóstico da situação do Sistema Penitenciário e as propostas que cogita para a solução dos problemas carcerários, em harmonia com os Estados-membros da Federação. O Ministro destacou a importância desse diagnóstico para uma completa avaliação do sistema carcerário brasileiro no momento do julgamento do mérito da demanda, especialmente para

⁴¹⁸ Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “as pessoas olham o sistema penitenciário e frequentemente fecham os olhos na crença de que jamais passarão por aquilo. Essa é a pior forma de insensibilidade nessa vida, que ocorre quando a gente tem certeza de que não vai passar por aquela situação. E, assim, a gente perde a empatia, perde a humanidade na capacidade de se colocar no lugar do outro.” (BRASIL. ADPF/347.).

⁴¹⁹ O Ministro Barroso destacou que o pedido contido na alínea “a”, já decorre expressamente da legislação (artigo 93, IX, da Constituição, do art. 315 do Código de Processo Penal e do art. 282, § 6º, também do Código de Processo Penal), argumento igualmente aplicado em relação às alíneas “d” e “e”, não havendo embasamento para deferir-se medida liminar que determine os juízes e Tribunais a cumprirem a lei, além do risco de submissão de grandes quantidades de reclamações diretamente à Corte. Em relação à alínea “c”, interpretou-o “como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário”, ante o dramático cenário do sistema penitenciário brasileiro, mas não se enquadrando como hipótese de concessão de medida liminar. Quanto à alínea “f” (estendendo o argumento às alíneas “d” e “e”) aduz que eventual abatimento de tempo só poderia sedar a título de remição de pena, não podendo os juízes deixar de aplicar as regras de progressão de regime e de fixação de pena que constam da legislação, destacando que “havendo pedido de reparação que, [...], deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena”). (BRASIL. ADPF/347.).

subsidiar a elaboração dos planos do Governo Federal e Estados para enfrentamento adequado da questão carcerária.

O voto do saudoso Ministro Teori Zavascki reconheceu a legitimidade do STF para enfrentamento do grave problema carcerário brasileiro, demonstrando a preocupação com a efetividade e cumprimento das ordens proferidas pela Corte, nas palavras do Ministro:

De qualquer modo, no exame das medidas liminares, é preciso que a posição do Supremo Tribunal Federal seja responsável no sentido de que a medida eventualmente deferida possa ser efetivamente cumprida. Por outro lado, é preciso também considerar que o seu cumprimento pode ser exigido por via de reclamações. É muito importante que a medida liminar não fique, assim como a própria decisão definitiva num caso como este, apenas no plano simbólico, ou no plano retórico, ou no plano acadêmico. Se o Supremo Tribunal Federal vai se dispor a contribuir, ele tem que contribuir eficazmente e responsabilmente. De modo que esse aspecto me parece importante no exame dessas medidas cautelares.⁴²⁰

O Ministro afastou a pretensão quanto ao deferimento das medidas cautelares relacionadas à interpretação e aplicação da legislação, destacando que essas pretensões decorrem do próprio sistema normativo, indeferindo, portanto, as medidas postuladas nas alíneas "a", "c", "d", "e" e "f".⁴²¹ Quanto aos mutirões carcerários, destacou a necessidade de manifestação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para que seja apresentado um plano concreto de sua realização, argumentando que o deferimento do pedido na extensão em que consta da alínea "g" é "absolutamente inexecutável na prática", ademais, destacou que os mutirões estão sendo realizados pelo CNJ, julgando prejudicado o pedido.

Votou pelo deferimento do pedido contido na alínea "b", determinando a realização de audiências de custódia o mais breve possível, de acordo com critérios fixados pelo CNJ, destacando-se em sua fundamentação a preocupação com a fixação de prazo exíguo que impossibilitasse aos juízes e Tribunais viabilizarem a realização das audiências de custódia em todo país⁴²², deferiu, ainda, a pretensão contida na alínea "h".⁴²³

⁴²⁰ BRASIL. ADPF/347, 2016.

⁴²¹ "Todas as determinações a juízes e tribunais, por exemplo, de como devem interpretar a lei, ou de como devem aplicar a lei, são determinações que, a rigor, decorrem do próprio sistema normativo. Por exemplo, o poder de fundamentar as decisões decorre da Constituição, e a Constituição, obviamente, tem a mesma força vinculante e determinativa que uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Eu diria que a Constituição tem uma força muito maior do que uma decisão do Supremo. Aliás, a liminar numa circunstância dessa, além de não contribuir em nada no plano da efetividade, encontraria também o empecilho da subsidiariedade, uma vez que a eventual decisão imotivada comporta recurso e, talvez, com uma eficiência e uma imediatidade muito maior do que uma reclamação perante o Supremo Tribunal Federal." (BRASIL. ADPF/347, 2016).

⁴²² "A questão aqui está em saber se os tribunais e se os órgãos judiciais do País estão em condições de atender a essa medida. Nós temos que evitar por uma questão de responsabilidade do Supremo, determinar alguma coisa que não possa ser cumprida na prática. Nós vamos acabar trazendo para o Supremo uma série de reclamações

A Ministra Rosa Weber reconheceu em seu voto as premissas necessárias ao reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro, deferindo as medidas cautelares previstas nas alíneas “b” e “h” (acompanhando o Ministro Edson Fachin quanto à fixação de prazo de até sessenta dias, a contar da publicação da presente decisão, para que a União proceda às adequações necessárias ao cumprimento da medida). A Ministra indeferiu as medidas cautelares contidas nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f”, aduzindo que a pretensão já decorre do sistema normativo. Julgou prejudicado o pedido do item “g”, sob fundamento de que “o mutirão carcerário já é uma realidade, a partir de programa promovido pelo CNJ, funcionando a contento”. Acolheu ainda a proposta do Ministro Roberto Barroso, com a finalidade de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

O Ministro Luiz Fux legitimou a atuação do Poder Judiciário através do ativismo judicial-dialógico como forma de proteção a direitos fundamentais violados em razão de falhas estruturais em políticas públicas, decorrente da inércia do Poder Público, acompanhando integralmente o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, inclusive concedendo a cautelar de ofício proposta pelo Ministro Barroso.

A Ministra Cármen Lúcia igualmente reconheceu a existência do ECI no sistema carcerário brasileiro e acompanhou integralmente o voto do Ministro Relator Marco Aurélio.

O Ministro Gilmar Mendes destacou a evolução da Corte no julgamento de questões que tratam de omissão administrativo-inconstitucional, especialmente no que se refere à representação interventiva, entendendo cabível a análise pelo STF do objeto da ADPF, embora não declarou, no julgamento das medidas cautelares, a existência do ECI no sistema carcerário brasileiro, afirmando que o enfrentamento da questão poderia ser realizado com base na declaração da existência de uma omissão administrativa sistemática, não obstante, reconheceu que a decisão proferida pela Corte no julgamento da ADPF desafia as técnicas decisórias disponíveis, tendo em vista que “não basta uma liminar de caráter suspensivo,

por falta de audiência de custódia, que fatalmente pode acontecer se uma determinação assim não for cumprida.” (BRASIL. ADPF/347, 2016).

⁴²³ O Ministro Teori ainda aderiu à proposta dos Ministros Barroso e Gilmar Mendes. (BRASIL. ADPF/347, 2016).

temos de nos embrenhar nas técnicas de caráter mais flexível”, implicando em monitoramento constante das ordens emanadas.⁴²⁴

Em seu julgamento, o Ministro manifestou a existência de conexão entre as alíneas “a”, “c” e “d”, analisando-as em conjunto, indeferindo-as, ante ao fato da pretensão de fazer parte do ordenamento jurídico; contudo, para reduzir a cultura do encarceramento, propôs a expedição de ofício à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), recomendando a elaboração de plano de trabalho para oferecer treinamento a juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas. Em relação à alínea “e”, argumentou que a medida “modifica a legislação penal de forma substancial”, mas, ante a gravidade do quadro de violações aos direitos fundamentais dos presos, deve ser deferida em menor extensão, propondo a notificação da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para que, em seis meses, coloquem em funcionamento os sistemas de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, na forma da Lei 12.714. Aduziu que a medida proposta deverá ser diretamente fiscalizada pelo CNJ, que deverá prestar contas ao STF. Atribuiu, ainda, ao CNJ a regulamentação do sistema eletrônico e, caso entenda pertinente, o desenvolvimento de um sistema único a ser adotado e fornecido aos tribunais. O Ministro argumentou que:

A Lei 12.714/12 determina que os “dados e as informações da execução da pena, da prisão cautelar e da medida de segurança deverão ser mantidos e atualizados em sistema informatizado de acompanhamento da execução da pena”. Esse sistema deve “informar tempestiva e automaticamente, por aviso eletrônico, as datas” previstas para “progressão de regime” e “livramento condicional”. Além disso, deve avisar o “enquadramento nas hipóteses de indulto ou de comutação de pena”. Estamos falando, portanto, de direito positivo, a Lei 12.714, que tenta generalizar as chamadas varas de execução eletrônica cujas experiências positivas existem em todo o país. Então, isso está positivado. Em tese, os sistemas deveriam ter sido instalados pelas unidades da Federação em setembro de 2013, final da *vacatio legis* de um ano (art. 6º). Ou seja, a administração está em mora. Muito embora a Lei 12.714/12 não mencione o Conselho Nacional de Justiça, o papel do Conselho na informatização da execução penal é consagrado pela Lei 12.106/09, que cria o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, em seu âmbito, que foi apontado aqui, na última sessão, na

⁴²⁴ “Em suma, independentemente da adoção da doutrina do estado de coisas inconstitucional, os fundamentos da ação são sólidos. O Tribunal deve prosseguir com a análise de seu mérito. No que se refere ao reconhecimento do estado de fato, que é causa de pedir da presente ação penal, furto-me a aprofundar comentários. A situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, nós não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, porque somos administradores do sistema. Como destacou há pouco o ministro Celso, temos grande responsabilidade na manutenção desse quadro caótico.” (BRASIL. ADPF/347, 2016a).

manifestação do ministro Celso de Mello. É um dos objetivos do DMF acompanhar a implantação e o funcionamento do sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias – art. 1º, § 1º, VII. Com um sistema informatizado, seria possível que os benefícios dos presos fossem decididos a seu devido tempo. Teríamos, aí, grande avanço. As vagas do sistema prisional são recurso escasso, diretamente administrado pelos juízes. Extinção de pena, progressão de regime, livramento condicional são judicialmente concedidos e abrem vagas no sistema. Além disso, seria possível liberar a força de trabalho das varas de execuções para decidir outros incidentes relevantes. Não bastasse isso, a utilização da tecnologia da informação na execução penal traria outros benefícios colaterais. Para começar, teríamos estatísticas confiáveis, em tempo real, da situação prisional do país. Hoje, os esforços do Ministério da Justiça em tabular os dados demandam energia desproporcional e produzem estatísticas incompletas e defasadas.⁴²⁵

O Ministro indeferiu a alínea “f” por entender que “as violações a direitos dos presos devem ser indenizados em pecúnia, não em tempo de pena.”

As medidas cautelares postuladas nas alíneas “b”, “g” e “h” foram deferidas pelo Ministro Gilmar Mendes, que ainda acompanhou o ministro Roberto Barroso para determinar a expedição de requisição à União para que, em um ano, forneça o diagnóstico do sistema penitenciário.

O Ministro Celso de Mello acompanhou integralmente o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, destacando a admissibilidade da ADPF, “em face da plena legitimidade do controle jurisdicional de omissões inconstitucionais em que haja incidido o Poder Público”⁴²⁶, reconhecendo a existência no ECI no sistema carcerário brasileiro.⁴²⁷ Ao final, acolheu a proposta do Ministro Barroso.

O Ministro Presidente Ricardo Lewandowski igualmente acompanhou de forma integral o voto do Ministro Relator Marco Aurélio reconhecendo a existência do ECI no sistema carcerário, bem com como a legitimidade do ativismo judicial estrutural para

⁴²⁵ BRASIL. ADPF/347, 2016a.

⁴²⁶ “O Supremo Tribunal Federal tem acentuado ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” BRASIL. ADPF/347, 2016b.

⁴²⁷ “Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indistigável “estado de coisas inconstitucional” resultante – tal como denunciado pelo PSOL – da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República.” BRASIL. ADPF/347, 2016b.

combater a inércia dos demais Poderes, autoridades e órgãos visando à solução das falhas estruturais em políticas públicas.

Importante destacar que todos os Ministros ressaltaram a importância do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão de auxílio à Corte na regulamentação e monitoramento das decisões tomadas pelo STF. Os Ministros salientam a previsão legal constante na Lei 12.106/2009, para que o CNJ desempenhe essa função de auxílio ao Poder Judiciário, com a criação, no âmbito do CNJ, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).⁴²⁸

Os pedidos definitivos da ADPF nº 347 (ainda não apreciados pelo STF) foram mais amplos que as medidas cautelares postuladas, visando: a) Declarar o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro; b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima; c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano

⁴²⁸ O Ministro Celso de Mello argumentou a favor da possibilidade de “permitir que o CNJ atue, em virtude dessa delegação, como verdadeira *longa manus*” desta Corte Suprema”. E ainda, sobre a Lei 12.106/2009 afirmou que: “Esse diploma legislativo, ao definir as atribuições do DMF, deu-lhe competência para acompanhar e propor soluções pertinentes às irregularidades e deficiências verificadas no sistema penitenciário (art. 1º, III). Vê-se, desse modo, que os encargos ora delegados por este Tribunal ao CNJ poderão ser desempenhados por órgão, o DMF, que já se acha posicionado na própria estrutura administrativa do Conselho Nacional de Justiça.” BRASIL. ADPF/347, 2016b.

Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades; d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas; g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF; h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e

distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro; e j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos.⁴²⁹

Após analisarmos a fundamentação trazida pela ADPF nº 347, seus pedidos cautelares e definitivos, bem como o posicionamento do STF no julgamento das medidas cautelares e o reconhecimento pelos ministros da existência do ECI no sistema carcerário brasileiro com a necessidade de ordens estruturais flexíveis e constantemente monitoradas, que estabeleçam o diálogo entre as autoridades e Poderes visando à superação das falhas estruturais nas políticas públicas, enfrentaremos as críticas à ADPF e ao reconhecimento do ECI pela Corte.

3.4 Críticas à ADPF nº 347 e ao reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro

Conforme analisamos no capítulo 2, diversas críticas foram formuladas em relação ao ativismo judicial estrutural, principalmente com acusações quanto à violação ao princípio da separação dos poderes, questionamentos político-democráticos e à falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para interferir no ciclo das políticas públicas, e como não poderia deixar de ser, “críticas ao uso do ECI formuladas durante o julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347 e após o resultado de seu reconhecimento pelo Supremo”.⁴³⁰ Neste momento, passaremos a analisar as principais críticas à ADPF nº 347.

Durante as sustentações orais no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347, as principais críticas ao reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro foram proferidas pelo Advogado-Geral da União e pelo representante legal dos estados da Federação, embora ambos tenham concordado quanto à necessidade de medidas urgentes para alteração do quadro de violações massivas e generalizadas dos direitos fundamentais dos presos, reconhecendo a caótica situação dos presídios, entenderam que a declaração do ECI não é a medida adequada para alcançar a mudança do sistema.⁴³¹

⁴²⁹ BRASIL. ADPF/347, 2015, p. 71-72.

⁴³⁰ CAMPOS, 2016, p. 290.

⁴³¹ Ibid., p. 291.

Dessas sustentações, podem ser extraídas duas objeções principais: o STF não possui legitimidade democrática e institucional para adotar as medidas pleiteadas, não podendo ser um “coordenador” de políticas públicas; e se revela equivocada a importação do ECI, tendo em vista que nem mesmo na Colômbia o seu uso se mostrou útil para remediar o problema do sistema carcerário. Objeções de ilegitimidade e de falta de efetividade.⁴³²

Analisamos no capítulo 2 a crítica quanto à falta de legitimidade democrática e institucional da Corte para emissão de ordens estruturais a diversas autoridades, órgãos e Poderes, interferindo diretamente no ciclo das políticas públicas e conforme expusemos, o Poder Judiciário não pode manter-se inerte ante a um quadro massivo de violação aos direitos fundamentais das minorias, devendo agir na defesa dos princípios constitucionais violados, ainda mais em casos de bloqueios institucionais e políticos insuperáveis, cuja perspectiva é de manutenção de omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, mantendo-se as falhas nas políticas públicas.

Sob o ângulo da democracia representativa, o ECI envolve proteção de direitos de classes de pessoas que, via de regra, não possuem voz junto aos representantes políticos. No caso da ADPF nº 347, presos não exercem qualquer participação política. Daí por que se afirmar a existência de bloqueios políticos. O ECI é sempre resultado de situações concretas de paralisia estatal sobre determinadas matérias e em desfavor de classes e grupos sociais desfavorecidos. O ativismo judicial estrutural revela-se, assim, o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, capaz de superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar. No ECI, operam desacordos políticos e institucionais insuperáveis, a falta de coordenação entre órgãos do Estado, pontos cegos legislativos, temores de custos políticos e falta de interesse na representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.⁴³³

A legitimidade da atuação do STF no reconhecimento do ECI funda-se na real necessidade de proteção aos direitos fundamentais dos presos, no exercício contramajoritário da jurisdição constitucional, adotando-se o diálogo entre as diversas autoridades, órgãos e Poderes para superação do estado de inconstitucionalidades.

O objetivo da declaração do ECI no sistema carcerário brasileiro não é concentrar arbitrariamente o poder decisório na Corte Constitucional, mas ao contrário, permitir que o STF coordene medidas estruturais e promova o diálogo institucional entre os Poderes, autoridades e órgãos, envolvendo a sociedade civil. Carlos Alexandre de Azevedo Campos

⁴³² CAMPOS, 2016, p. 291.

⁴³³ Ibid., p. 303.

afirma que, “em vez de substituir o debate popular, o ativismo judicial estrutural poderá ampliar os canais de mobilização social”.⁴³⁴

No mais, adotadas ordens flexíveis e sob monitoramento, mantêm-se a participação e as margens decisórias dos diferentes atores político e sociais sobre como superar problemas estruturais. Ao atuar assim, em vez de supremacia judicial, as cortes fomentam o diálogo entre as instituições e a sociedade, promovendo ganhos de efetividade prática e democráticos das decisões: a jurisdição é dialógica quanto à implementação das medidas. O ativismo é apenas de partida, mas no percurso e na chegada, há deliberação e diálogo.⁴³⁵

A crítica quanto à efetividade da declaração do ECI, destacando-se que os problemas no sistema carcerário colombiano não foram bem resolvidos a partir da declaração do ECI por meio da Tutela 153, de 1998, deverá ser enfrentada a partir da evolução do conceito e das condições para reconhecimento do ECI proferidas Corte Constitucional Colombiana.

Conforme analisamos no capítulo 2, de fato, os resultados da Tutela 153, de 1998, não foram plenamente satisfatórios, principalmente em razão da Corte Colombiana não preocupar-se com a monitoração de suas decisões, acreditando que bastava a expedição das ordens para que a autoridades as cumprissem, o quê na prática não ocorreu. Este erro não foi repetido por ocasião da *Sentencia* T-025, de 2004, que além de sistematizar os requisitos que deverão estar presentes para o reconhecimento do ECI, destacou a importância da monitoração dos remédios estruturais, mantendo-se o constante diálogo institucional para superação do ECI.

Na controvérsia do deslocamento forçado⁴³⁶, a manutenção da jurisdição sobre o caso fez toda a diferença, comparado ao caso do sistema carcerário. A Corte buscou harmonizar o ativismo judicial revelado na intervenção sobre as políticas públicas com a proposta de diálogos institucionais. O acompanhamento permitiu aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribuiu para soluções posteriores comparadas a eventuais decisões unilaterais. O monitoramento, por meio de audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permitiu aos juízes colombianos saberem se as instituições políticas estavam progredindo ou se os bloqueios se mantiveram, lançando novas decisões para corrigir as deficiências de implementação de suas ordens estruturais. Sem embargo, essa postura foi a chave do sucesso no caso do deslocamento forçado.⁴³⁷

⁴³⁴ CAMPOS, 2016, p. 305.

⁴³⁵ Ibid., loc. cit.

⁴³⁶ *Sentencia* T-025, de 2004.

⁴³⁷ CAMPOS, op. cit., p. 312.

Neste trabalho destacamos os principais argumentos do voto do saudoso Ministro Teori Zavascki no julgamento da Medida Cautelar da ADPF nº 347, verificando que o Ministro manifestou grande preocupação de que a decisão proferida pela Corte seja efetivamente cumprida, afastando-se o perigo do desprestígio institucional do STF.⁴³⁸

César Rodríguez Garavito alerta que as Cortes em geral possuem capacidade institucional limitada, admitindo que a superação dos problemas sociais e falhas estruturais que geram a declaração do ECI exigem grande esforço das Cortes, ante a necessidade de determinar e acompanhar as medidas necessárias para solução da omissão inconstitucional, estabelecendo o diálogo e coordenação entre diversos Poderes, órgãos e autoridades, destacando ainda, que do ponto de vista político, a declaração do ECI pode gerar um desgaste político para as Cortes, principalmente por: a) expor o fracasso das políticas públicas desenvolvidas até aquele momento; b) implicar em mecanismo cuja duração pode se estender por anos, dependendo de um bom gerenciamento das medidas voltadas à superação do ECI.⁴³⁹

A experiência colombiana demonstrou que o constante diálogo institucional e monitoramento das ordens é o melhor caminho para afastar o perigo da inefetividade das ordens estruturais.⁴⁴⁰

De qualquer forma, enxergar os processos de superação das omissões inconstitucionais como diálogo entre os poderes e a sociedade civil – às vezes, de caráter coordenado, outras vezes, estratégico – serve para reduzir os riscos de inefetividade. Além de acreditar no comprometimento dos poderes políticos com valores do Estado de direito e, conseqüentemente, com as decisões judiciais, há muito de uma relação de incentivos e respostas que marcam os resultados desses processos. E no caso da declaração do ECI, a escolha por decisões flexíveis e o processo de monitoramento da implementação das decisões, como procedimento dialógico, pode fazer uma diferença muito positiva em favor do cumprimento e da efetividade das decisões.⁴⁴¹

O ECI é um instrumento complexo, que visa superar um estado de inconstitucionalidades há muito tempo consolidado diante de omissões e falhas estruturais de diversos atores políticos. A pretensão da Corte ao proferir ordens estruturais, conforme pontuamos de forma reiterada neste trabalho, é de fato ambiciosa, devendo a Corte preparar-se de forma adequada para coordenar e acompanhar as medidas a serem tomadas para superação do ECI.

⁴³⁸ BRASIL. ADPF/347, 2016.

⁴³⁹ GARAVITO, 2009, p. 438-439.

⁴⁴⁰ CAMPOS, op. cit. p. 311.

⁴⁴¹ Ibid., p. 316-317.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Em síntese: para transformar instituições em mau funcionamento, o STF precisa, primeiro, preparar-se para não se juntar a esse grupo de instituições. Ele deve, antes, se organizar para poder cumprir um bom papel na solução dos litígios estruturais. É o que se espera de uma corte constitucional em casos que apresentam quadros tão acentuados de violação de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, de soluções tão complexas: que não seja inerte, mas que também não tente resolver tudo sozinha; que não seja arrogante, reconhecendo e consertando os próprios defeitos a tornar possível sua atuação em litígios estruturais. Que seja tanto assertiva quanto humilde e dialógica, o que significa equilibrar persuasão e negociação. Enfim, que adote sempre soluções que tenham a efetividade como propósito, impedindo que a Constituição de 1988 seja uma carta de promessas vazias!⁴⁴²

Um dos autores brasileiros mais críticos em relação à declaração do ECI pelo STF é o professor Lenio Luiz Streck, no artigo intitulado “Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo”⁴⁴³, critica a falta de critérios claros para definição do conceito do ECI, acusando-o de ser demasiadamente genérico, podendo abarcar qualquer situação de inconstitucionalidade, alertando para o perigo de sua banalização⁴⁴⁴. Argumenta, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário decidir as prioridades em relação às políticas públicas.

Os professores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo publicaram texto no Estadão tecendo ácidas críticas ao ECI⁴⁴⁵, afirmando que o ECI ao invés de facilitar, poderá trazer maiores dificuldades à eficácia da Constituição e da garantia aos direitos fundamentais, asseveram que o ECI ameaça a separação dos poderes, além de argumentarem que o STF não possui legitimidade para escolha das políticas públicas, concluindo que a decisão da Corte somente possui efeito simbólico.

No plano dos ideais, estamos diante de valores políticos fundamentais para a coesão social, é certo. Mas o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas que é capaz de construir e controlar. Assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta

⁴⁴² CAMPOS, 2016, p. 318.

⁴⁴³ “O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo, cujo conceito e sua diferença com a judicialização estão desenvolvidos em vários lugares. A origem do ECI é a Corte Constitucional da Colômbia, cujas decisões não serão debatidas aqui. Não me parece que a questão colombiana seja aplicável no Brasil. Aliás, a Colômbia continua tendo muitos estados de coisas inconstitucionais e já há alguns anos não aplica a tese.” STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁴⁴⁴ “Dito de outro modo, não se pode declarar a inconstitucionalidade de coisas, mesmo que as chamemos de “estado de ou das coisas. E nem se tem como definir o que é um “estado dessas coisas” que sejam inconstitucionais no entremeio de milhares de outras situações ou coisas inconstitucionais. Do contrário, poder-se-ia declarar inconstitucional o estado de coisas da desigualdade social e assim por diante.” (STRECK, 2015).

⁴⁴⁵ CAMPOS, op. cit., p. 291.

fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as “coisas” – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais? [...] Qual a competência de uma Corte Suprema para “compensar a incompetência” do sistema político? Ela pode compensar a inércia dos outros Poderes com sua competência ativa? Quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) de ECI? Teria a Corte competência para compensar sua própria incompetência? [...] O reconhecimento de um ECI é jurídico ou político? Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenizarão aos prejudicados? Ressarcidos os danos, a inércia subsistirá? [...] Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito, quem as executará? O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder? [...] Pode-se concordar com o ministro Edson Fachin que a decisão do Supremo tem o efeito simbólico de ativar discussões sobre o “reconhecimento de inadequada proteção dos direitos fundamentais”. Mas não dá para ir além disso. Pobre da Corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a fantasia da normatividade jurídica.⁴⁴⁶

Com efeito, conforme destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos, muitas críticas lançadas pelos autores ao ECI são eivadas de exagero e teralógicas argumentativas, podendo-se afirmar que sinteticamente as objeções referem-se aos “já tradicionais discursos contra a prática ativista da jurisdição constitucional”.⁴⁴⁷

É necessário enfrentar as críticas – as seriamente formuladas – tendo em conta não apenas os contornos do ECI tal como manejado pela Corte Colombiana, mas também levando em consideração os pedidos formulados na ADPF nº 347 e os votos lançados na apreciação da cautelar. O exame revela que as críticas, embora improcedentes, servem para ressaltar a necessidade do rigor técnico e de responsabilidade institucional pelo STF ao afirmar o ECI e proferir sentenças estruturais.⁴⁴⁸

A efetividade das decisões da Corte ao proferir sentenças estruturais, com o ambicioso objetivo de superação de falhas estruturais em políticas públicas, caracterizadas por longo período de omissão do Poder Público, deverá ser alcançada, tal como exposto neste trabalho, por meio de amplo diálogo institucional. O Poder Judiciário não pode manter-se

⁴⁴⁶ GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 16 jan. 2017.

⁴⁴⁷ CAMPOS, 2016, p. 292.

⁴⁴⁸ Ibid., loc. cit.

inerte e corroborar com o desrespeito à Constituição e à garantia da eficácia dos direitos fundamentais, contudo, não pode querer fazer-se substituir-se de forma arbitrária e exclusiva como ator principal do desenvolvimento de políticas públicas, a superação do estado de coisas que levou à declaração do ECI terá maiores chances de ocorrer proporcionalmente à capacidade institucional da Corte Constitucional em dialogar e monitorar as ordens estruturais proferidas.⁴⁴⁹

3.5 Constitucionalismo e ativismo judicial estrutural dialógico

Conforme investigamos na presente dissertação, o conceito ou técnica de julgamento refletida pela declaração do ECI, permite que a Corte Constitucional interfira de forma considerável no ciclo das políticas públicas, pautando a atuação do Poder Público, em todos os níveis federativos, coordenando as medidas a serem tomadas por diversos órgãos e autoridades, com a finalidade de superar falhas estruturais em políticas públicas visando efetivar direitos fundamentais previstos na Constituição, como forma de verdadeiro ativismo judicial estrutural dialógico.

Após a apresentação das condições necessárias para o reconhecimento do ECI, da fundamentação trazida pela ADPF nº 347 para declaração do estado de inconstitucionalidades no sistema carcerário brasileiro e do julgamento de suas medidas cautelares pelos Ministros do STF, entendemos pertinente destacar que o ativismo judicial dialógico não é um conceito absolutamente inédito trazido pelo ECI.

Neste sentido, iremos investigar os fundamentos do ativismo judicial a partir do movimento constitucionalista, destacando que neste trabalho faremos um breve recorte com a finalidade de apresentar o ativismo judicial dialógico como instituto já conhecido da doutrina e jurisprudência pátria, sem a pretensão de abordar todos os aspectos do constitucionalismo e das teorias dos diálogos institucionais, que por sua profundidade, escaparia aos objetivos desta dissertação.

Canotilho apresenta o constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.⁴⁵⁰

A *Magna Charta Libertatum*, assinada em 1215 por João Sem-Terra, rei da Inglaterra (1199-1216), foi um dos primeiros documentos institucionais que proporcionou a

⁴⁴⁹ CAMPOS, 2016, p. 292-293.

⁴⁵⁰ CANOTILHO, 2003, p. 51.

limitação jurídica do poder político e reconheceu liberdades e direitos fundamentais aos indivíduos, sendo um marco relevante do movimento constitucionalista e o surgimento das constituições, “depois disso, ainda seriam necessários alguns séculos para que ocorressem avanços substanciais, o que se dará na própria Inglaterra, no século XVII, quando a Revolução Inglesa consagra a supremacia do Parlamento como órgão legislativo”.⁴⁵¹

Finalmente, no século XVIII, conjugam-se vários fatores que iriam determinar o aparecimento das Constituições e infundir-lhes as características fundamentais. Sob influência do jusnaturalismo, amplamente difundido pela obra dos contratualistas, afirma-se a superioridade do indivíduo, dotado de direitos naturais inalienáveis que deveriam receber a proteção do Estado. A par disso, desenvolve-se a luta contra o absolutismo dos monarcas, ganhando grande força os movimentos que preconizavam a limitação dos poderes dos governantes. Por último, ocorre ainda a influência considerável do Iluminismo, que levaria ao extremo a crença na Razão, refletindo-se nas relações políticas através da exigência de uma racionalização do poder.⁴⁵²

O constitucionalismo conjuga três grandes objetivos: “a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder.”⁴⁵³

Este último objetivo, atuando como que um instrumento para criação das condições que permitissem a consecução dos demais, foi claramente manifestado pelos autores que mais de perto influíram na Revolução Francesa. E assim como ocorrera com a ideia de democracia, também a de Constituição teve mais universalidade na França, de lá se expandindo para outras partes do mundo, justamente porque apoiada na razão, que é comum a todos os povos, mais do que em circunstâncias peculiares ao lugar e à época. Com efeito, embora a primeira Constituição escrita tenha sido a do Estado de Virgínia, de 1776, e a primeira posta em prática tenha sido a dos Estados Unidos da América, de 1787, foi a francesa, de 1789, que teve maior repercussão.⁴⁵⁴

Luiz Roberto Barroso no texto *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*⁴⁵⁵ explica a evolução do

⁴⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 72.

⁴⁵² Ibid., loc. cit.

⁴⁵³ Ibid., loc. cit.

⁴⁵⁴ Ibid., loc. cit.

⁴⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 12 Mai. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>, p. 2.

constitucionalismo sob três marcos teóricos fundamentais: o histórico⁴⁵⁶, o teórico⁴⁵⁷ e o filosófico⁴⁵⁸; elucidando as alterações de paradigma doutrinário e jurisprudencial que originou uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral, especialmente considerando a atribuição do *status* de norma jurídica às normas constitucionais, superando “o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.”⁴⁵⁹

O reconhecimento da força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório das normas constitucionais permitiu atribuir ao Poder Judiciário um papel relevante na realização conteúdo da Constituição, que anteriormente ficava restrita à atuação do legislador ou à discricionariedade do administrador.⁴⁶⁰

No Brasil, o debate sobre a força normativa das normas constitucionais teve início ao longo da década de 80, sofrendo resistências que foram superadas a partir da promulgação Constituição de 1.988, com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial que rompeu com a posição mais retrógrada que propiciava “que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”.⁴⁶¹

A partir do final da década de 40, diversos países europeus vivenciaram a expansão da jurisdição constitucional, inspirada na Constituição norte-americana, envolvendo a constitucionalização dos direitos fundamentais e adotando-se a supremacia da Constituição em

⁴⁵⁶ “O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar”. (BARROSO, 2005, p. 3).

⁴⁵⁷ “No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.” (BARROSO, 2005 p. 5).

⁴⁵⁸ “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”. O pós-positivismo promove uma reaproximação entre o direito e a filosofia, “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”. (BARROSO, *ibid.*, p. 4-5).

⁴⁵⁹ BARROSO, 2005, p. 5.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 5-6.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 6.

detrimento da supremacia do Poder Legislativo, com a implantação de modelos próprios de controle de constitucionalidade e criação de tribunais constitucionais. A constitucionalização dos direitos fundamentais permitiu que o Poder Judiciário adquirisse competência para protegê-los.⁴⁶²

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade¹⁶ e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁴⁶³

A evolução do constitucionalismo permitiu com que a doutrina e a jurisprudência, ante as especificidades das normas constitucionais, sistematizassem um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, sem prejuízo dos “elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico”.⁴⁶⁴

Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.⁴⁶⁵

Segundo Barroso:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo

⁴⁶² BARROSO, 2005, p. 6.

⁴⁶³ Ibid., p. 7.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 8.

⁴⁶⁵ Ibid., loc. cit.

de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.⁴⁶⁶

Com efeito, o protagonismo do Poder Judiciário na ordem institucional brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal, decidindo temas controvertidos morais com alcance político⁴⁶⁷ e implementando políticas públicas, com objetivo de efetivar direitos fundamentais, fortaleceu-se a partir dos preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1.988⁴⁶⁸ e da adoção do modelo que consagra a força normativa das normas constitucionais voltada à eficácia dos direitos fundamentais.

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ BARROSO, 2005, p. 9.

⁴⁶⁷ Podemos exemplificar o julgamento pelo STF de temas moralmente controvertidos, sem a pretensão de esgotar o tema, com o julgamento da ADI 3.150 sobre o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias; a ADC 12 sobre a Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário; a ADPF 130, que suspendeu os dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988; a ADPF 54 que declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção deste tipo de gravidez é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. Igualmente no âmbito de ações individuais o STF se manifestou sobre temas controvertidos, tais como a quebra de sigilo judicial por Comissão Parlamentar de Inquérito, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa Serra do Sol, uso de algemas, além de interferir em políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); decidir sobre relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; efetivar direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (*Caso Ellwanger*) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *SynJThesis*, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 15 mai. 2017, p. 25.)

⁴⁶⁸ Sobre eficácia imediata dos direitos fundamentais, Gilmar Mendes ensina que: “A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já acolocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermeneutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 198)

⁴⁶⁹ MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 204.

De fato, entender os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa⁴⁷⁰, não é suficiente para assegurar a eficácia pretendida pelo texto constitucional⁴⁷¹, desta forma, a concretização dos direitos e garantias fundamentais, em diversos casos, demanda a edição de atos legislativos e administrativos⁴⁷², e a inércia do Poder Legislativo e do Poder Executivo podem configurar afronta à Constituição.⁴⁷³

Conforme investigamos nesta dissertação, a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o controle judicial das políticas públicas determina a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, interferindo em atos discricionários do Poder Público, quando existirem falhas que impliquem na violação de preceitos constitucionais.⁴⁷⁴

Após as considerações sobre a evolução do constitucionalismo, conferindo legitimidade ao Poder Judiciário para atuar na salvaguarda dos direitos fundamentais em casos de atuação deficiente ou omissões inconstitucionais do Poder Legislativo ou Executivo, devemos investigar a diferenciação entre os conceitos do ativismo judicial e da judicialização.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo

⁴⁷⁰ “Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 202.)

⁴⁷¹ “Os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, verifica-se que mesmo em outras partes do texto constitucional encontra-se uma variada gama de direitos a prestações. Neste contexto, limitando-nos, aqui aos direitos fundamentais, basta uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da Constituição Federal (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incisos XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 205.)

⁴⁷² “Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto direitos de defesa ("status libertatis" e "status negativus") se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao "status positivus" de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 203.)

⁴⁷³ MENDES; COELHO; BRANCO. 2000, p. 203.

⁴⁷⁴ Nossos estudos indicam que Poder Judiciário não pode agir de forma conivente à afronta constitucional e inefetividade do Poder Legislativo e Executivo quanto à efetivação dos direitos fundamentais.

específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁴⁷⁵

O Ministro Luis Roberto Barroso elenca três causas relacionadas com a intensa judicialização⁴⁷⁶ de questões controvertidas após a Constituição de 1.988: a) redemocratização do país, com fortalecimento e expansão do Poder Judiciário e o aumento da demanda por justiça e efetivação dos preceitos constitucionais; b) constitucionalização abrangente de direitos que antes eram tratados pela legislação ordinária⁴⁷⁷; e c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ser um dos mais abrangentes do mundo, a partir do controle difuso e concentrado da constitucionalidade.⁴⁷⁸

Sobre o ativismo judicial, Barroso sustenta que:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴⁷⁹

Neste trabalho defendemos a possibilidade de atuação da Corte Constitucional na defesa dos direitos fundamentais e efetivação dos preceitos constitucionais, especialmente em defesa de grupos minoritários e vulneráveis, que não raras vezes, conforme analisamos no capítulo anterior, não gozam de representação política direta, verdadeiro quadro de bloqueio político e administrativo.

⁴⁷⁵ BARROSO, 2012, p. 25.

⁴⁷⁶ “*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.” (BARROSO, op. cit., p. 24)

⁴⁷⁷ Segundo o Ministro Barroso : “A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que poder ser formulada sob a forma de ação judicial. (BARROSO, op. cit., p. 24).

⁴⁷⁸ BARROSO, op. cit., p. 24-25.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 25-26.

Gilmar Mendes, desde 1.993, afirma que o relevante papel das Cortes Constitucionais na defesa dos direitos fundamentais das minorias socialmente discriminadas “está a desafiar a criatividade do jurista com o propósito de desenvolver técnicas de decisão adequadas a promover a concretização da vontade constitucional”.⁴⁸⁰

O conceito ou técnica de julgamento do ECI, conforme investigamos nesta dissertação, a partir da análise do instituto no direito comparado e da fundamentação trazida pela ADPF nº 347 apresenta uma técnica de decisão que permite à Corte Constitucional proferir macrosentenças, articulando ordens estruturais a serem desenvolvidas e implementadas por entes federativos de todos os níveis, órgãos e diversas autoridades, além da participação da sociedade civil, com monitoramento da Corte, cujo objetivo é a superação de falhas estruturais geradas por omissão inconstitucional reiterada do Poder Público em efetivar direitos fundamentais.

O ativismo judicial estrutural analisado no bojo do ECI demanda a atuação dialógica da Corte Constitucional, evitando-se a supremacia e arbítrio na decisão judicial, investigamos que para superação da falha estrutural que ensejou o reconhecimento do ECI é necessária a expedição de ordens estruturais flexíveis, com constante acompanhamento dos resultados das medidas impostas pela sentença, adaptando-se as determinações judiciais, caso haja necessidade, com a implementação de indicadores a serem alcançados para superação do estado de inconstitucionalidades e efetivação dos direitos fundamentais.

O posicionamento dos Ministros do STF no julgamento das medidas cautelares postuladas na ADPF nº 347 orienta que o reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro ocorre embasado no ativismo judicial estrutural dialógico, evitando-se a supremacia judicial e valorizando-se a promoção do diálogo institucional⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ MENDES, Gilmar F. **A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania - Necessidade de Desenvolvimento de novas Técnicas de Decisão.** Cadernos de Direito Tributário e de Finanças Públicas, v.1, n.3, p.21-43, abr./jun. 1993, p. 183.

⁴⁸¹ “A reflexão sobre o Judiciário como detentor da palavra definitiva é importante para evitar a imobilização e a manutenção de um *status quo* injustificável. Diante da demanda para que os parlamentares observem os direitos fundamentais na formulação de seus projetos legislativos, também pode ser formulada a demanda para que os juízes respondam os conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica. Em razão da perspectiva única que os juízes podem fornecer para os casos e da expectativa de maior durabilidade das respostas formuladas por eles para questões constitucionais, precisa-se considerar, em termos mais amplos, a necessidade da continuidade da conversa entre os ramos do Poder e o povo, ou seja, a manutenção dos espaços públicos de deliberação.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015, p. 202. Disponível em: [http:// dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534](http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534). Acesso em 23 mai. 2017)

A fundamentação desenvolvida por Peter Häberle na obra *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*,⁴⁸² a respeito da necessidade de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, com diversos atores contribuindo para uma melhor forma de interpretação e efetivação dos preceitos constitucionais, conduz à compreensão da necessidade do diálogo institucional.

Segundo Häberle “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.”⁴⁸³

O Ministro Gilmar Mendes assevera a influência da doutrina de Häberle nas decisões do STF:

A influência do professor Häberle também pode ser notada no âmbito do Supremo Tribunal brasileiro. Nesse sentido, em julgamento deste tribunal, o voto do eminente Ministro Celso de Mello em questão de ordem na ADIn nº 2.777, em novembro de 2003, afirmou a possibilidade da sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Sua argumentação foi inteiramente compatível com a orientação de Peter Häberle que, “não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de 'alternativas' para a interpretação constitucional”. Da mesma forma, semelhante influência ocorre no âmbito legislativo. Assim, a Lei no 9.868/99 consagrou a figura do *amicus curiae*, conferindo uma abertura pluralista ao processo brasileiro de interpretação constitucional, no sentido referido por Peter Häberle.⁴⁸⁴

Com efeito, a adoção de uma teoria dialógica para promoção do diálogo institucional não é novidade nas decisões do STF⁴⁸⁵, o Ministro Barroso destacou que “em alguns casos, tenho adotado uma posição doutrinária que se denomina de ‘diálogos institucionais’, que é

⁴⁸² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Homenagem à doutrina de Peter Haberle e sua Influência no Brasil. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf > Acesso em: 20 mai. 2017.

⁴⁸⁵ As fronteiras entre o direito e a política se atenuaram com a possibilidade da submissão de questões políticas para o judiciário. A respeito de tal fenômeno, pouco pode ser feito para que as coisas voltem a um lugar idealizado em que o Judiciário decide estritamente questões técnicas e o Legislativo delibera apenas sobre questões políticas. A judicialização da política indica que outros caminhos podem ser buscados pelas partes que demandam seus direitos para além da relação tradicional de representantes e representados. Trata-se de um sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar (*address*) a questão. (CLÈVE,; LORENZETTO, 2015, p. 202)

uma interação entre o Judiciário e o Poder Legislativo, o chamado apelo ao legislador”, aplicando-a, por exemplo, no julgamento da Ação Penal 606, sobre a perda do mandato de parlamentares.⁴⁸⁶

A atuação do STF ao promover um diálogo institucional entre os Poderes, visando efetivar direitos fundamentais previstos constitucionalmente, fortalece o princípio democrático⁴⁸⁷.

O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre direito e política ocorrem através da dialógica institucional.⁴⁸⁸

A postura dialógica da sentença estrutural proposta pelo reconhecimento do ECI permite com que seja estabelecido um equilíbrio entre os Poderes, evitando-se a supremacia

⁴⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Óleo na engrenagem. **Consultor Jurídico**, 02 jul. 2015. <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em 21 mai. 2017. Em trecho do julgamento da Ação Penal 606, o Ministro Barroso sobre necessidade de adoção de um modelo de diálogo institucional: “Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que, recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda de mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá à matéria.”

⁴⁸⁷ “Acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental” (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “poderes” contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica. Nesta esteira, vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção.” (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Júri, 2012, p. 288-289)

⁴⁸⁸ CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 203)

judicial arbitrária, constituindo-se alternativas viáveis para o desenvolvimento de políticas públicas aptas a superar a falha estrutural que originou a violação a direitos fundamentais.

3.6 Possibilidade de superação do ECI no sistema carcerário brasileiro a partir das medidas postuladas na ADPF nº 347

A partir de toda a argumentação desenvolvida até o presente momento, faz-se necessário enfrentarmos o grande questionamento: as medidas postuladas na ADPF nº 347 podem, na prática, proporcionar a superação do ECI no sistema carcerário brasileiro?

Nossas investigações indicam que o sistema carcerário brasileiro enquadra-se nas condições materiais, institucionais e políticas necessárias ao reconhecimento do ECI: situação extrema e grave de falha estrutural, que gera violações de direitos fundamentais dos presos, ausente qualquer perspectiva de superação desse estado sem a tomada de medidas igualmente extremas.

No julgamento das medidas cautelares postuladas na ADPF nº 347, os Ministros acolheram a tese esposada pelo PSOL, reconhecendo a necessidade de intervenção judicial estrutural nas políticas públicas destinadas ao sistema carcerário brasileiro, diante das falhas estruturais decorrentes da reiterada omissão estatal. Ficou assentado que a Corte deverá atuar, como forma de superar bloqueios institucionais e políticos, visando à defesa da Constituição e dos direitos fundamentais dos reclusos, sistematicamente violados.

A Corte brasileira inclinou-se a adotar o ativismo judicial estrutural dialógico, preferindo a expedição de ordens estruturais flexíveis, e constantemente monitoradas, com o auxílio do CNJ e a participação popular, principalmente por meio de audiências públicas. O prestígio institucional do STF, objetivando-se o efetivo cumprimento das ordens (evitando-se decisões meramente simbólicas), foi devidamente considerado pelos Ministros durante o julgamento das medidas cautelares da ADPF, indicando que a Corte busca evitar a supremacia judicial, estruturando-se para promover o diálogo institucional entre os Poderes, órgãos, autoridades e sociedade civil, coordenando as medidas necessárias à efetiva superação do ECI no sistema carcerário brasileiro.⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ Destacamos que, à exceção do Ministro Gilmar Mendes, os demais Ministros do STF acolheram a tese da aplicação do conceito do ECI ao sistema carcerário brasileiro, expressamente reconhecido pelo Ministro Relator Marco Aurélio. (BRASIL. ADPF/347)

Carlos Alexandre de Azevedo Campos entende que o ativismo judicial estrutural dialógico do STF deve concentrar-se em três pontos principais para efetivamente proporcionar a superação do ECI no sistema carcerário brasileiro: a) redução do aumento progressivo da população carcerária; b) diminuição do déficit de vagas do sistema prisional; c) melhoria das condições atuais do encarceramento.⁴⁹⁰

De fato, os três pontos destacados por Campos ocupam papel central no problema carcerário brasileiro: a superpopulação carcerária, enclausurada em locais insalubres e indignos, é o “ponto nevrálgico” da terrível situação à qual os presos são submetidos nos cárceres brasileiros.

Analisando os oito pedidos cautelares da ADPF nº 347, as alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “g” relacionam-se com a forma de interpretação e aplicação da legislação penal e processual penal e a alínea “h” objetiva medida orçamentária da União, consistente no imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e a vedação a novos contingenciamentos.

Percebemos que o combate à “cultura do encarceramento” é um ponto de destaque, buscando-se que os juízes e Tribunais interpretem e apliquem as leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária. Para tanto, postulou-se que os juízes e Tribunais: a) em caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; c) reconheçam que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que sejam aplicadas, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.⁴⁹¹

Embora a maioria dos Ministros tenham indeferido as medidas cautelares acima expostas, sob principal fundamento de que já se encontram expressamente previstas na legislação pátria, não havendo embasamento para serem deferidas por meio de medida cautelar, é certo que todos os Ministros concordaram com a argumentação da necessidade de redução do número de prisões provisórias como escopo para diminuição do déficit de vagas do sistema prisional.

⁴⁹⁰ CAMPOS, 2016, p. 277.

⁴⁹¹ Medidas cautelares previstas respectivamente nas alíneas “a”, “c” e “d”.

Com efeito, o combate à cultura do encarceramento é ponto de destaque para a redução do aumento progressivo da população carcerária, havendo necessidade da promoção de amplo debate sobre o tema, inclusive com a mudança de postura institucional do próprio Poder Judiciário, não podendo esquivar-se de sua responsabilidade sobre a dramática quantidade de presos provisórios, cuja prisão, não raras vezes é absolutamente desnecessária e contrária à legislação penal e processual penal, tendo em conta que, ao final do processo, são absolvidos ou condenados a penas alternativas.

Diante desse cenário e enfatizando a necessidade de sério combate à cultura do encarceramento no Poder Judiciário, o Ministro Gilmar Mendes propôs a expedição de ofício à ENFAM, recomendando a elaboração de plano de trabalho para oferecer treinamento a juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento.⁴⁹²

Portanto, as medidas cautelarmente postuladas na ADPF cujo objetivo é o combate à cultura do encarceramento, embora indeferidas pela maioria dos Ministros, são de grande valia à superação do ECI no sistema carcerário brasileiro, principalmente tendo em vista que as sentenças estruturais possuem efeitos instrumentais e simbólicos (analisados item 3.5 deste trabalho).

Dentre os efeitos simbólicos diretos da sentença estrutural inclui-se a forma com a qual os atores sociais definem e percebem o problema carcerário como violação de direitos, neste ponto, destacamos que o reconhecimento e declaração do ECI pelo STF é um importante marco para orientação dos demais juízes e Tribunais quanto à dramática situação dos presos.

E mais, a necessidade de redução da cultura do encarceramento, especialmente a partir da redução do número de prisões provisórias, é um dos fundamentos que motivou os Ministros a efetivarem a audiência de custódia como realidade concreta em todo o Poder Judiciário brasileiro, deferindo-se o pedido cautelar visando à aplicabilidade imediata dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.⁴⁹³

Desta forma, analisando os efeitos simbólicos da sentença estrutural que reconhece o ECI no sistema carcerário brasileiro e o deferimento da medida cautelar contida na alínea “b” da ADPF, consideramos de grande importância a manifestação dos Ministros quanto à

⁴⁹² BRASIL. ADPF/347, 2016a.

⁴⁹³ Medida cautelar prevista na alínea “b”.

necessidade do Poder Judiciário combater a cultura do encarceramento, adotando-se medidas alternativas à prisão e fundamentando as prisões provisórias de acordo com os ditames constitucionais e legais já previstos no ordenamento pátrio, reservando-as aos casos estrita e legalmente necessários.

As medidas cautelares expressas pelas alíneas “e” e “f”, respectivamente postulando que o juízo da execução penal tenha o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória e abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, ambas como forma de preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção, foram indeferidas pela maioria dos Ministros sob fundamento de que os juízes não podem, como regra geral, fugir das regras estipuladas para concessão dos benefícios da execução penal e das previstas para fixação da pena, constantes de forma expressa da legislação.

Não obstante, tal como indicado pelo voto do Ministro Barroso no julgamento do RE nº 580.252, havendo pedido de reparação por danos morais, ante o cumprimento da pena em condições indignas, haveria possibilidade de redução da pena, como espécie de remição penal a título de reparação pelos danos.

Do mesmo modo, o pedido contido na alínea “g”, embora considerado prejudicado pela maioria dos Ministros, sob argumento de que o CNJ já atua coordenando mutirões carcerários como forma de viabilizar a pronta revisão dos processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, destacou a importância da continuidade e fortalecimento dos mutirões carcerários, bem como o papel de destaque do CNJ no auxílio à Corte na implementação das medidas necessárias à superação do ECI.

Por seu turno, o deferimento da medida cautelar prevista na alínea “h”, que trata do imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e veda à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do ECI no sistema prisional brasileiro é uma importante medida estrutural, diretamente relacionada à questão orçamentária do sistema penitenciário.

Nossos estudos indicam que a superação do ECI no sistema prisional brasileiro, além da redução do aumento progressivo da população carcerária, pressupõe a diminuição do déficit de vagas do sistema prisional e melhoria das condições atuais do encarceramento, para tanto, a liberação imediata de verbas do FUNPEN é medida de extrema importância.

O artigo 1º da Lei Complementar nº 79/94, que prevê a criação do FUNPEN, determina que seu objetivo é “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”, o artigo 2º da mencionada lei, prevê que constituirão recursos do FUNPEN: I - dotações orçamentárias da União; II - doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras; III - recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras; IV - recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986; V - multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado; VI - fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal; VII - cinquenta por cento do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos seus serviços forenses; VIII - três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do Governo Federal; IX - rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FUNPEN; X - outros recursos que lhe forem destinados por lei.

Contudo, os recursos do FUNPEN não são utilizados de forma adequada para melhoria do sistema prisional. Nesse sentido, Ministro Relator Marco Aurélio destacou que:

Narra-se que esses valores têm sido, desde a criação do Fundo, muito mal aplicados. Relatórios do próprio Departamento dão conta de que a maior parte é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada. Para o ano de 2013, por exemplo, a dotação foi de R\$ 384,2 milhões, tendo sido empenhados R\$ 333,4 milhões. Todavia, apenas R\$ 73,6 milhões foram usados: R\$ 40,7 milhões do orçamento do ano e R\$ 32,8 milhões de restos a pagar. Isso significa que mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados. De acordo com a organização Contas Abertas, o saldo contábil do Fundo, no ano de 2013, chegou a R\$ 1,8 bilhão. Segundo o requerente, ao fim de 2014, o saldo já era de R\$ 2,2 bilhões.⁴⁹⁴

⁴⁹⁴ BRASIL. ADPF/347, 2015.

O deferimento da medida cautelar visando o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e a vedação à União Federal quanto à realização de novos contingenciamentos, é fundamental para a superação do ECI, relacionando-se diretamente à necessidade de recursos orçamentários destinados à reestruturação das políticas públicas visando à redução do déficit de vagas e melhorias nas políticas públicas voltadas ao sistema penitenciário.

A superlotação carcerária é determinante nas condições indignas vivenciadas pelos presos no sistema prisional brasileiro, portanto, a superação do ECI depende da construção de novos presídios, além de reformas das unidades prisionais existentes.

Conforme sugere Carlos Alexandre de Azevedo Campos para melhoria das condições atuais do encarceramento, a Corte deve determinar ordens estruturais visando assegurar os direitos básicos dos presos, assegurar assistência médica, psicológica, social e jurídica adequadas, fornecer medicamentos e vestuário, melhorar a alimentação e os programas de oferta de trabalho, proporcionar serviços de educação, acompanhar a vida do egresso.⁴⁹⁵

Todas as medidas para redução do déficit de vagas e melhorias nas condições de encarceramento dependem de recursos orçamentários para sua execução, desta forma, a imediata liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e a proibição de a União realizar novos contingenciamentos revestem-se de extrema importância para superação do ECI.

Nos pedidos definitivos trazidos pela ADPF nº 347 percebemos que, além da confirmação das medidas cautelares, há a preocupação com a elaboração de Plano Nacional, estaduais e distritais aptos à superação do ECI.

De fato, a elaboração de planos racionais e sistematizados, com previsão orçamentária e propostas adequadas à realidade de cada unidade prisional, em âmbito nacional e estadual, é mais um importante mecanismo para superação do caos enfrentado no sistema carcerário brasileiro.

Contudo, mais que a elaboração dos planos nacionais e estaduais voltados à superação do dramático quadro do sistema penitenciário brasileiro, é fundamental que a Corte Constitucional brasileira monitore de forma precisa o cumprimento das metas traçadas pelo Poder Público, promovendo o diálogo institucional, com a participação da sociedade civil,

⁴⁹⁵ CAMPOS, 2016, p. 278.

visando proporcionar as melhorias no sistema prisional que acarretem a superação do estado de inconstitucionalidades.

Assim, analisado o conceito ou técnica de julgamento do ECI, concluímos pela possibilidade de sua declaração pelo STF em relação ao sistema prisional brasileiro, desde que estruturado a partir dos preceitos do ativismo judicial dialógico, promovendo-se o diálogo entre os Poderes Executivo, Legislativo e o próprio Judiciário, coordenando as medidas necessárias a serem desenvolvidas por diversas autoridades, órgãos e entes de todos os níveis federativos, visando à superação das falhas estruturais em políticas públicas aptas à efetivação dos direitos fundamentais dos presos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa dissertação preocupou-se em trazer à discussão acadêmica o crônico problema do sistema carcerário brasileiro, fazendo uma abordagem a partir das falhas das políticas públicas penitenciárias causadoras de violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos presos, apresentando um novo conceito ou técnica de julgamento, o estado de coisas inconstitucional, cuja pretensão é ambiciosa – superar as falhas nas políticas públicas tornando realidade os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Ao cotejar as leis penais e processuais penais brasileiras, com destaque às normas de execução penal à luz da teoria do garantismo penal, este trabalho concluiu que há um profundo antagonismo entre a validade formal e substancial das normas penais.

Partindo da análise de dados estatísticos de órgãos públicos comprovamos a violação massiva aos direitos fundamentais dos presos no sistema carcerário brasileiro – superlotação, falta de higiene, insalubridade, ausência de assistência médica, psicológica, social e jurídica adequadas, deficiências quanto ao fornecimento de medicamentos, vestuário e alimentação, além de programas de oferta de trabalho e serviços de educação são duras realidades, que se somam a unidades prisionais nas quais nem mesmo existe uma apropriada separação de presos por sexo, gravidade de crime cometido ou idade.

Constatamos a existência de graves falhas nas políticas públicas penitenciárias, decorrentes de décadas de omissões inconstitucionais dos três Poderes, autoridades e órgãos de todos os níveis federativos, cuja solução enseja a execução de complexas medidas coordenadas entre todos os Poderes, entes e autoridades envolvidas.

Foi a partir da interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que o STF passou a analisar o ECI sobre o sistema carcerário brasileiro, reconhecendo-o e adotando medidas cautelares propostas pela ADPF como forma de superação desse estado de inconstitucionalidades visando melhorias efetivas no sistema carcerário e consequente proteção aos direitos fundamentais dos presos.

Com a declaração do ECI, a Corte Constitucional reconhece que a omissão estatal reiterada, sistemática e generalizada em efetivar os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, gera uma situação de grave falha estrutural nas políticas públicas, suscitando um estado de inconstitucionalidades cuja solução passa ao largo de ser alcançada individual ou isoladamente por um dos Poderes estatais ou uma das autoridades políticas da nação, dependendo de um complexo rol de ações a serem implementadas e executadas de

forma conjunta e coordenada por diversas autoridades, órgãos, entes de todos os níveis federativos e englobando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nossos estudos indicam que o ECI é um novo e importante mecanismo que pode ser utilizado pelo STF, desde que seu emprego ocorra respeitando a existência de condições fáticas e jurídicas que deverão estar presentes para fundamentar sua excepcionalidade: violação massiva, reiterada e geral de direitos fundamentais, decorrente de prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir e efetivar os direitos, afetando um significativo número de indivíduos, que para terem efetivado seu direito, necessitam socorrer-se da tutela judicial, fato que pode gerar um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva e individual pela proteção jurídica, cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis.

A declaração do ECI possibilita que a Corte Constitucional interfira de forma considerável no processo das políticas públicas, pautando a atuação do Poder Público, inclusive quanto à disponibilidade de gastos públicos, indicando e monitorando as medidas necessárias à superação do estado de inconstitucionalidade.

O ECI deve ser entendido como um mecanismo excepcional, utilizado em situações extremas, quando graves falhas estruturais em políticas públicas e bloqueios institucionais e políticos impedem a efetivação de direitos fundamentais, que não seriam protegidos sem a tomada de medidas igualmente extremas.

Ao reconhecer o ECI, a Corte Constitucional reconhece a existência de um litígio estrutural, cuja solução depende de complexas e coordenadas medidas de diversas autoridades e Poderes, legitimando o ativismo judicial estrutural.

Enfrentamos as críticas ao ECI especialmente relacionadas à violação da separação dos poderes, trazendo questionamentos político-democráticos, bem como da capacidade institucional do Poder Judiciário.

De fato, o reconhecimento do ECI deve ser entendido como um mecanismo excepcional de proteção e efetivação dos direitos fundamentais em um cenário permanente de falhas estruturais que vulneram direitos, decorrente de omissões inconstitucionais graves, generalizadas e sistemáticas, legitimando a atuação do Poder Judiciário por meio de medidas drásticas de enfrentamento de omissões geradoras das violações aos direitos fundamentais.

O ativismo judicial a ser admitido com o reconhecimento e declaração do ECI é do tipo estrutural, pois interfere no ciclo das políticas públicas, proferindo-se sentenças estruturais com medidas a serem tomadas por diferentes órgãos, autoridades e poderes.

Destacamos que o reconhecimento do ECI possui uma função jurídica e política de caráter fundamentalmente prático, impulsionando desenvolvimento e implemento de políticas públicas estatais necessárias a cessar a situação geradora de violação generalizada de direitos fundamentais, de tal sorte que para sua execução é imperioso que se promova um processo de colaboração entre os todos os Poderes, órgãos e autoridades políticas envolvidas, de todos os níveis federativos, buscando superar o ECI.

Portanto, a promoção do diálogo entre os Poderes é um dos pontos de maior destaque do ECI e condição para seu sucesso e conseqüente superação das falhas estruturais e efetivação dos direitos fundamentais.

Por meio do ativismo judicial estrutural dialógico, a Corte Constitucional poderá interferir nas políticas públicas, proferindo-se ordens estruturais flexíveis e firme monitoramento, com finalidade de verificar a implementação e eventuais necessidades de alterações nas medidas a serem tomadas, visando à superação das omissões inconstitucionais nas políticas públicas.

O trabalho apresentou fundamentos que consideram possível a adoção pelo STF da técnica do ECI, especialmente considerando as graves lesões aos preceitos da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, no tratamento da questão prisional no país.

Importante destacarmos que a análise da votação dos ministros do STF no que tange ao julgamento das medidas cautelares propostas pela ADPF nº 347 demonstrou que a Corte brasileira inclinou-se a adotar o ativismo judicial estrutural dialógico, preferindo a expedição de ordens estruturais flexíveis, constantemente monitoradas, com o auxílio do CNJ e a participação popular, principalmente por meio de audiências públicas.

A superação do ECI no sistema carcerário brasileiro pressupõe o combate à cultura do encarceramento, entranhada no próprio Poder Judiciário, com medidas voltadas à diminuição da prisão provisória e aumento da concessão de medidas alternativas ao cárcere.

Ausente a redução do número de presos provisórios, dificilmente será alcançada a diminuição no déficit de vagas do sistema prisional e na dramática situação de superlotação nos presídios, tornando extremamente gravosa medidas para melhorias das condições de vida no cárcere.

Com o reconhecimento do ECI no sistema prisional brasileiro, iniciado com o julgamento das medidas cautelares postuladas pela ADPF nº 347, o STF assume protagonismo ímpar, assumindo institucionalmente a ambiciosa missão de interferir no ciclo das políticas públicas penitenciárias, determinando ordens estruturais a serem desenvolvidas por diferentes atores sociais, sob seu monitoramento, com vistas a superar as falhas estruturais e proporcionar reais condições de melhorias nas unidades prisionais.

Se, de fato, alcançarmos a superação do ECI no sistema prisional brasileiro ainda é prematuro afirmamos, dependendo do papel a ser desenvolvido pelo STF, principalmente aplicando o mecanismo do ECI tal como sistematizado pela Corte Colombiana na *Sentencia T – 025*, de 2004, proferindo-se ordens estruturais flexíveis e monitorando-as de forma constante, promovendo o diálogo entre os Poderes e as autoridades.

Contudo, ao longo do presente estudo, pudemos concluir que a utilização do conceito ou técnica de julgamento do ECI é uma possibilidade de atuação da Corte Constitucional brasileira de forma a promover o ativismo estrutural judicial dialógico, coordenando as medidas necessárias a superar falhas estruturais em políticas públicas decorrentes de longa omissão estatal em cumprir os preceitos constitucionais, efetivando assim a proteção a direitos fundamentais, especialmente de camadas sociais em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

AMORETTI, Juliana; SCHIRMER, Julia Barros; RODRIGUES, Douglas dos Santos; PERES, Luciana. Alerta nos presídios: medidas de urgência outorgadas ao Estado brasileiro pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **ARACÊ: Direitos Humanos em Revista**, ano 3, n.4, fev. 2016.

ARANÃO, Adriano. Estado democrático de direito, criminalidade e violência: o desrespeito aos direitos fundamentais e o papel da educação. **Revista Argumenta**, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 215-231, fev. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/105/105>. Acesso em: 02 dez. 2015.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury, Brasília: UnB, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 12 Mai. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 15 Mai. 2017.

_____. Óleo na engrenagem. **Consultor Jurídico**, 02 jul. 2015. <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em 21 mai. 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Z. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. Causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Júri, 2012.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Parecer CNE/CEB Nº 4/2010. Diretrizes Nacionais para a oferta de educação de jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais**. Disponível em: http://www.sinpro-rs.org.br/arquivos/legislacao/Parecer_Ceb_n4_2010.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública. **Sistema nacional de informações de segurança pública, prisionais e sobre drogas**. Disponível em: <https://www.sinesp.gov.br/>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Comissão parlamentar de inquérito do sistema carcerário: CPI sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório mensal do cadastro de inspeções nos estabelecimentos penais (CNIEP)**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 16 ago. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório mensal do cadastro de inspeções nos estabelecimentos penais (CNIEP)**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 16 ago. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Comissão parlamentar de inquérito do sistema carcerário: CPI sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Sistema Nacional De Informações De Segurança Pública. **Sistema nacional de informações de segurança pública, prisionais e sobre drogas**. Disponível em: <https://www.sinesp.gov.br/>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AG. Reg. no recurso extraordinário com agravo 745.745 Minas Gerais**. Relator: Mello, Celso de. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sobonumero7482896>. Acesso em: 20 ago. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **ADPF/347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **ADPF/347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **ADPF/347**. Relator: Ministro Teori Zavascki. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **ADPF/347**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2016a. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **ADPF/347**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2016b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 05 jan. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **MI 721/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 05 nov. 2016

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistemas de penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 16, p. 83-97, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Bahia: *Jus Podivm*, 2016.

_____. **A evolução do ativismo judicial da Suprema Corte Norte-Americana (I)**, ano 2, 2013, n.6, p.4693-4741. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 16 ago. 2016.

CANO, Ignacio. Direitos Humanos, Criminalidade e Segurança Pública. In: BRASIL. Presidência da República. **Direitos Humanos**: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional. Organização Gustavo Venturi. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015, p. 202. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>. Acesso em 23 mai. 2017.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 16 ago. 2016.

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

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. De Almeida. **Código Penal Comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. The Moral Reading of the American Constitution. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Somer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. 2015. Disponível em:

http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf. Acesso em: 29 out. 2016.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARAVITO, César Rodríguez. **¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento?** In Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia/coordinador César Rodríguez Garavito; Juan Carlos Guataquí ... [et al.]. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. A prisão e a condição humana do recluso. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 15, p. 131-161, 2011. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/202/201>. Acesso em: 18 set. 2015.

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. **La cárcel en España, Portugal y Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 16 jan. 2017.

GOMES, Décio Luiz Alonso. **Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público**. In: Ministério Público e Políticas Públicas, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, v.1.

GOMES, Luiz Flavio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos De. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008 (Coleção Ciências Criminais, v.5).

GÖTTEMS, Claudinei J.; ALVES, Fernando de Brito. **Educação para a democracia**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc528592c3858f90>. Acesso em: 09 set. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em Marcha**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HOBBS, Thomas. **O leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, n.56, p. 151-176, jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151/13675>. Acesso em: 22 dez. 2016.

LEAL, César Barros. **Prisão**: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, p. 69-80, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

MARCON, Danieli Cristina. A democracia e a realidade da execução penal brasileira. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 10, p. 199-214, 2009. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/134/134>. Acesso em: 17 set. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: MÉTODO, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Geisla Aparecida Van Haandel; MENDES, Ubirajara Carlos. Configuração democrática participativa. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 17, p. 143-162, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania - Necessidade de Desenvolvimento de novas Técnicas de Decisão**. Cadernos de Direito Tributário e de Finanças Públicas, v.1, n.3, p.21-43, abr./jun. 1993.

_____. **Homenagem à doutrina de Peter Haberle e sua Influência no Brasil**. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf > Acesso em: 20 mai. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermeneutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PAIVA, Luiz Fábio Silva. À Espera de Respostas: Reflexões sobre o Trabalho da Justiça Criminal. **Revista Dilemas**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 49-82, 2009. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas4Art2.pdf>> Acesso em: 17 set. 2015

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1

RABELO, Francis de Oliveira. A coragem de transgredir a lei em busca do princípio da dignidade humana: um grito do judiciário mineiro. **Boletim IBCCRIM**, ano 13, n.157, dez. 2005.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS de 25 de novembro de 2008. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira”, em Araraquara, São Paulo. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_05_por.pdf. Acesso em: 06 fev. 2017.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 14 DE NOVEMBRO DE 2014. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 07 fev. 2017.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE MAIO DE 2014. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf. Acesso em: 07 fev.2017.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SENESI FILHO, Píer Giorgio. Apontamentos sobre a Importância da Tutela Penal do Ambiente. **ARGUMENTUM - Revista de Direito**, n. 15.

Marília - UNIMAR, 2014, p. 307-325. Disponível em:
<<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/91/16>> Acesso em: 29 nov. 2015.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, v. 7, n. 27, jul./set., 2002.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Política Criminal**: a experiência Brasileira. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvinho Augusto de (Orgs.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Política pública carcerária: uma institucionalizada violação de direitos fundamentais impulsionada pela criminalização das drogas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Rio Grande do Sul, v. 9, n. 2, 2014. p. 233- 262. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/13018/pdf#.Vn b2bF51wRg>> Acesso em: 20 set. 2015.

SOUZA, Gelson Amaro de; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Supremo Tribunal Federal: o caso paradigmático da corte constitucional Brasileira. **Revista Jurídica da Presidência**, v.12, n. 98, out. 2010/jan. 2011. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/166/158>. Acesso em: 22 dez. 2016.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. **O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos: de Maria Da Penha à Belo Monte**. In: Justiça de transição nas américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. José Carlos Moreira da Silva Filho e Marcelo Torelly (orgs.). Belo Horizonte: Forum, 2013.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 1 dez. 2015.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça. Ed. fac-similar, 2006.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALBERGARIA, Jason. **Criminologia teórica e prática**. Rio de Janeiro: AIDE, 1988.

ALBRECHT, Peter Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. São Paulo: Lúmen Juris. 2010.

ALVIM, Rui Carlos Machado. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991.

ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema Carcerário Brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-1.asp>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. **El Panoptico**. Madri, las Ediones de la Piqueta, 1979.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal - Vol III**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1977.

BITENCOURT, César Roberto. **Lições de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 2 ed. São paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Tratado de direito penal**. Parte Geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. RT. 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. **A eficácia das penas alternativas**. Teresina: Associação Piauiense do Ministério Público, 2005.

CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R.; SCHROEDER, Betina Barbacovi; BLANCO, Vinícius Just. Sistema prisional e direitos humanos: a (in)suficiente responsabilização internacional do Estado Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, 2015, v.15. Disponível em: www.cedin.com.br/revistaeletronica. Acesso em: 23 out. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf>. Acesso em: 23 out. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

CONDE, Francisco Munoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Alvaro Mayrink Da. **Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Ilton Garcia da. **Constituição e educação: autonomia universitária e a presença do Estado nas Instituições de ensino superior particulares**. São Paulo, 2010. 151 f. Tese (Doutorado em direito) – Direito do Estado, Pontifca Universidade Católica de São Paulo.

COSTA, Ilton Garcia da; GOFMAN, Bruno. **Consequências jurídicas do inadimplemento no contrato de prestação de serviços educacionais**. In: Fernando Gustavo Knoerr; Ilton Garcia da Costa; Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. (Org.). *Diálogos (Im)pertinentes - Direito e Estado*. 1ed. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2015, v. 1, p. 183-214.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. A Necessidade de Implementação de Políticas Públicas na Efetivação do Direito Fundamental à Educação e para a Construção da Cidadania de Crianças e Adolescentes. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Org.). **Direito e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2010. v. 4. p. 13-38.

COSTA JR, Paulo Jose da. **Direito penal objetivo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária.

CRESPO, ADERLAN. **Curso de criminologia**. São Paulo: Campus – Elsevier, 2009.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2008.

DELORS, Jacques, *et al.* **Educação: um tesouro a descobrir**. 9. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 2004.

DIAS, Maria da Penha Risola. **Educação nas Prisões**. In: YAMAMOTO, Aline et al. *CEREJA Discute: educação em prisões*. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.768, ago., 2003.

DRAPKIN, Israel. **Manual de criminologia**. Tradução e adaptação de Ester Kosovski. São Paulo: Bushatsky, 1978.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. 2. ed. Londrina: IDCC, 2006.

FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. 2. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. In: Vera BARRETO. **Paulo Freire para educadores**. 5. ed. São Paulo: Ed. Arte&Ciência, 2003.

FRIGOTTO, Gaudêncio CIAVATTA, M. Educação básica no Brasil na década de 1990, subordinação ativa e consentida à lógica do mercado. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 24, n. 82, 2003, p. 93-130. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v24n82/a05v24n82.pdf>. Acesso em 02 de dezembro de 2015.

GADOTTI, Moacir. **A Educação Como um Direito**. In: YAMAMOTO, Aline et al. **CEREJA Discute: educação em prisões**. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

GARCIA, Rogério Maia. **Sobre os limites e fundamentos do direito de punir nos crimes econômicos**: breves reflexões históricas e uma perspectiva punitiva para a sociedade contemporânea. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/SOBRE.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

GOFFMAN, Erving. **Internados**. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. Buenos Aires – Madri. Ed. Amorrortu, 1961.

_____. **Manicônios, prisões e conventos**. São Paulo, Perspectiva, 1974.

GONÇALVES, Ednéia. **Educação Como Direito Humano**. In: YAMAMOTO, Aline et al. **CEREJA Discute: educação em prisões**. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

GRACIANO, Mariângela. **A sociedade civil e a educação na prisão**. In: YAMAMOTO, Aline et al. **CEREJA Discute: educação em prisões**. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

GRECO, Rogério. Princiologia penal e garantia constitucional à intimidade. In: FARIAS, Cristiano Chaves. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. ROSENVALD, Nelson. **Temas Atuais do Ministério Público**. 3. ed. rev. Ampl. Atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

HADDAD, Sérgio. **Os desafios da educação escolar e não escolar nas prisões**. In: YAMAMOTO, Aline et al. **CEREJA Discute: educação em prisões**. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

HULSMAN, Louk. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Editora Luan, 1993.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **La metafísica de las costumbres**. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo, 2006.

LIBÂNIO, José Carlos. **Pedagogia e pedagogos**: Para Quê? São Paulo: Editora Cortez, 2002.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: ICONE, 2007.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MESQUITA JR, Sidio. **Execução criminal**. São Paulo: Atlas, 2011

MILL, John Stuart. **A Liberdade**: utilitarismo. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210 de 1.07.1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Criminologia e vitimologia aplicadas**. 2. ed. São Paulo: Juridica Brasileira, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre; SNANIO, Gianpalo Poggio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORSELLI, Élio. A função da pena à luz da moderna Criminologia. **Revista Jurídica do Uniaraxá**. Araxá, v. 4, n. 4, p. 1-12, 2000. Disponível em: <
<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/119/110>> Acesso em: 04 jul. 2016.

NASCIMENTO, Jose Flavio Braga. Curso de criminologia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena: teoria geral da responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2011.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Ministério público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (org.). **Práticas de cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. A remição da pena é direito do condenado e obrigação do Estado. **Boletim IBCCRIM. Jurisprudência**, São Paulo, v.1, n.9, p. 22, out. 1993. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/27-9-Outubro-1993. Acesso em: 25 out. 2015.

PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: SLAKMON, DE VITTO, C. R. ; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf. Acesso em: 22 set. 2015.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAULSON, Stanley L. **La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica**. Trad. José García Añón. *Doxa*, Alicante, n. 9, p. 173-187, 1991. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10785>. Acesso em: 23 abr. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos fundamentais. **Revista CEJ**, v. 9 n. 29 abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/663>. Acesso em: 24 out. 2015.

REZENDE, Raiza Alvez; BREGA FILHO, Vladimir. Educação para cidadania: o aspecto democrático do direito à educação. **Revista Argumenta**, Jacarezinho – PR, n. 22, p. 201-230, ago. 2015. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/496>. Acesso em: 02 dez. 2015.

RIZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. **Revista de Direito Penal**, 1974.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993.

SA, Alvino Augusto De. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Rafael Amorim. A fundamentação dos direitos das pessoas com deficiência a partir da teoria da justiça de John Rawls. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 13, p. 11-25, 2010. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/171/171>. Acesso em: 07 jan. 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 32, 2005, p. 213-226.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

SILVA, Antonio Julião da. **Lei de execução penal interpretada pela jurisprudência dos tribunais de justiça**. Juruá, 2011.

SILVA, João Vicente. **Execução penal: prática, processo e jurisprudência criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, Jorge Da. **Criminologia crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Marcos José Pereira da. **A Sociedade civil caminha no fio da navalha em relação à educação de pessoas encarceradas**. In: YAMAMOTO, Aline et al. **CEREJA Discute: educação em prisões**. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

SOARES, Orlando. **Curso de criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Anuário brasileiro da Educação Básica**. São Paulo: Moderna, 2014.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 1997. v. 1.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução penal comentada**. 2. ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

