

# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Fernando Cardoso Oliveira<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise do Estado de Coisas Inconstitucional, técnica de decisão judicial criada pela Corte Constitucional Colombiana, reconhecida pelo STF e aplicada ao sistema carcerário brasileiro por meio da ADPF 347, de 2015. Buscar-se-á apresentar o modelo original do Estado de Coisas Inconstitucional aplicado pela Corte Colombiana, delimitando suas funções e pressupostos, bem como analisar a sua aplicação pelo STF e os efeitos concretos desencadeados a partir de então, fazendo-se uma análise histórica da Constituição Federal de 1988 e da situação do sistema carcerário brasileiro antes e após a decisão.

**Palavras-chave:** Estado de coisas inconstitucional. Direitos fundamentais. Sistema carcerário. ADPF. Constituição Federal de 1988.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the State of Things Unconstitutional, a judicial decision-making technique created by the Colombian Constitutional Court, recognized by the Supreme Court and applied to the Brazilian prison system through ADPF 347, of 2015. the original model of the State of Things Unconstitutional applied by the Colombian Court, delimiting its functions and assumptions, as well as to analyze its application by the STF and the concrete effects triggered from then on, making a historical analysis of the Federal Constitution of 1988 and the situation of the Brazilian prison system before and after the decision.

**Keywords:** Unconstitutional state of affairs. Fundamental rights. Prison system. ADPF. Federal Constitution of 1988.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil completa, no mês de outubro de 2018, seu aniversário de 30 anos. Denominada pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Ulisses Guimarães, de “Constituição Cidadã”, foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e tornou-se o principal símbolo do processo de redemocratização nacional. Nas palavras do ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de

1. Graduando do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI).  
Email: fernandouespi@gmail.com

uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito”<sup>2</sup>.

De fato, após mais de vinte anos de regime militar no país, a sociedade brasileira clamava por liberdade. Aduzindo a metáfora utilizada pelo professor Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1991, p. 451), o período correspondeu ao “mais longo eclipse das liberdades públicas: aquela noite sem parlamento livre e soberano, debaixo da tutela e violência dos atos institucionais, indubitavelmente um sistema de exceção, autoritarismo e ditadura”.

## **1. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **1.1. CONTEXTO HISTÓRICO**

Em abril de 1964, com o golpe instituído pelos militares contra o governo de João Goulart, foi dado início ao denominado regime militar, que se estenderia por longos vinte e um anos. Com a justificativa de restabelecer a hierarquia e a disciplina e livrar o país da “ameaça comunista”, o golpe militar obteve o apoio da classe média e dos setores mais conservadores da sociedade brasileira, bem como do governo dos Estados Unidos<sup>3</sup>.

Logo após o golpe, em 9 de abril de 1964, a junta militar que assumiu o poder promulgou um Ato Institucional (AI-1), dando mais poderes ao Executivo, instaurando um período de violenta repressão aos movimentos populares e perseguição aos políticos de esquerda.

Contudo, a partir do final dos anos 1960 começaram a surgir movimentos de resistência ao regime militar, a exemplo dos protestos estudantis alavancados pela União Nacional dos Estudantes (UNE), e das críticas obras culturais desenvolvidas na época, como as canções apresentadas nos festivais da MPB e o Cinema Novo.

Além disso, outros fatores contribuíram para a superação do regime militar, como a revogação do mais rigoroso Ato Institucional (AI-5), a promulgação da Lei de Anistia, com o retorno dos exilados, e do pluripartidarismo, a mobilização nacional na campanha pelas Diretas Já e a memorável proposta de emenda constitucional Dante de Oliveira, que, contudo, não conseguiu o quórum necessário para aprovação.

Aproveitando a insatisfação popular com o regime posto e o clamor nacional provocado pela campanha das Diretas Já, lançou-se a campanha do moderado Tancredo Neves, que tinha como programa a elaboração de uma constituinte, a prioridade às eleições diretas, aos problemas

2. BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)> Acesso em maio de 2018.

3. Para mais detalhes sobre a influência dos EUA no golpe militar de 1964, recomenda-se a leitura do artigo “Estados Unidos e o Golpe de 1964: suporte logístico, bélico, financeiro e a concessão de exílio político”. Disponível em <[https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09\\_LorenaBurlveira.pdf](https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_LorenaBurlveira.pdf)>. Acesso em 23 maio de 2018.

sociais, à dívida externa, dentre outros, cabendo ao deputado Ulysses Guimarães a coordenação da companhia.

Com isso, na eleição de 1985 (última eleição indireta), o Colégio Eleitoral elegeu para a presidência da República a chapa encabeçada por Tancredo Neves e com o vice José Sarney, por 480 votos contra 180 dados a Paulo Maluf, apoiado pelos militares. Após 21 anos de regime militar, o Brasil voltava a ter um presidente civil, dando início a Nova República.

Contudo, na véspera da posse, prevista para o dia 15 de março, Tancredo Neves foi internado às pressas em Brasília, tendo o vice, José Sarney, tomado posse em seu lugar. Tancredo não teve melhoras no quadro de saúde, sendo internado em São Paulo onde foi submetido a uma série de cirurgias. No dia 21 de abril foi confirmada a sua morte.

Em cumprimento às promessas de campanha, o presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação de Assembleia Constituinte e, em 27 de novembro de 1985, foi aprovada a Emenda Constitucional (nº 26), cujo artigo 1º definia: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana”.

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Moreira Alves, elegendo como presidente o deputado Ulysses Guimarães, tendo trabalhado durante 20 meses. Participaram 559 parlamentares (72 senadores e 487 deputados federais), com intensa participação da sociedade<sup>4</sup>.

Durante cinco meses, cidadãos e entidades representativas encaminharam suas sugestões para a nova Constituição. Cinco milhões de formulários foram distribuídos nas agências dos Correios. Foram coletadas 72.719 sugestões de cidadãos de todo o País, além de outras 12 mil sugestões dos constituintes e de entidades representativas.

Por fim, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil na histórica sessão solene do Congresso Nacional do dia 5 de outubro de 1988, marcada por fortes discursos e por momentos de emoção. Quando a cerimônia foi encerrada, pouco depois das 17h, o país havia concluído a transição entre a ditadura e a democracia e começava a viver um novo período histórico.

## 1.2. INOVAÇÕES

Como mencionado, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu-se como um marco histórico de superação do autoritarismo. Nas palavras de Barroso, “foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira”<sup>4</sup>. Contudo, além disso, a Constituição Cidadã sagrou-se também como símbolo jurídico de vanguarda, dadas as inovações introduzidas em todo o seu

4. BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/vinte\\_e\\_um\\_anos\\_da\\_constituicao\\_brasileira\\_o\\_estado\\_a\\_que\\_chegamos\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf)> Acesso em maio de 2018.

corpo textual. Como instrumento de consolidação da democracia no país, a Carta resgatou garantias e liberdades individuais, asseguradas na Constituição de 1946, mas que sucumbiram a partir do golpe militar, dando destaque aos Princípios, Direitos e Garantias Fundamentais.

Os direitos fundamentais recebem tratamento inédito, tanto no que diz respeito à abrangência, como ao status jurídico conferido a eles. Ademais, destacam-se das demais disposições constitucionais devido ao local em que são inseridos: logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, sugerindo a superioridade valorativa em relação a ordem jurídica constitucional.

Quanto ao status jurídico, outra inovação trazida pela Constituição foi a disposição acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como a inclusão entre as chamadas cláusulas pétreas da Constituição, concedendo elevado grau de importância aos direitos fundamentais em comparação às demais normas trazidas na Constituição.

Pode-se citar como exemplo o célebre artigo quinto da Constituição, que, sozinho, possui setenta e oito incisos, e garante aos cidadãos os direitos fundamentais à propriedade, às liberdades de locomoção, de expressão, de religião, a inviolabilidade de residência e o sigilo de correspondências, salvo se houver decisão judicial. Também é este artigo que assegura tratamento humano, que proíbe a tortura, que garante o direito à herança, à ampla defesa, à Justiça gratuita aos necessitados, à presunção da inocência, o direito à certidão de nascimento e óbito gratuitas aos reconhecidamente pobres.

Como não constituem rol taxativo, os direitos fundamentais não estão limitados a apenas previsão no texto constitucional, na dicção do próprio artigo quinto, parágrafo segundo, que permite a verificação de outros direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por todas esses direitos e garantias, a Constituição Brasileira é considerada uma das mais avançadas do mundo na garantia dos direitos do cidadão. É semelhante a intenção da Carta para com os direitos sociais como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social e a proteção à maternidade e à infância.

Por exemplo, na Saúde a grande revolução foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Atualmente, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis por um sistema integrado de atendimento à saúde ao qual todo cidadão brasileiro, inclusive a estrangeiros. Antes da vigência Constituição, apenas quem era filiado ao antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) podia utilizar os hospitais públicos, sendo o restante atendido pelas Santas Casas e outras entidades beneficentes.

A Constituição de 1988 colocou a Educação como dever do Estado, inclusive para quem não teve acesso ao ensino na idade certa. Foi ampliada a educação rural e enfatizados os esforços para incluir as crianças com deficiência e a população indígena.

A defesa do consumidor também foi introduzida como um direito fundamental. O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado por determinação expressa da Constituição. Além disso, foi garantido ao brasileiro o pleno acesso à Cultura e ao Estado a obrigação de proteger todos os tipos de manifestações tipicamente nacionais, como a indígena, a popular e a afro-brasileira.

A Constituição de 1988 reconheceu a importância da biodiversidade ao dedicar um capítulo ao Meio Ambiente. Passou a exigir avaliação de impacto ambiental para obras e abriu caminho para legislações posteriores, como a Lei das Águas e a Lei dos Crimes Ambientais. Outra revolução de grande importância após tantos anos de regime militar foi a possibilidade de os cidadãos apresentarem projetos de lei, com a assinatura de 1% dos eleitores do País.

Para se ter uma ideia desse espírito inovador presente na Assembleia Nacional Constituinte, cabe citar as palavras do constituinte e então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Maurício Corrêa, em entrevista à Rádio Câmara dos Deputados:

“Quando nós elaboramos a Constituição a visão globalista era diferente de hoje. A gente entendia que os direitos sociais seriam avanços assim tão grandes que nós deveríamos fazer uma Constituição moderna neste aspecto. De fato, sob o ponto de vista dos direitos e das garantias individuais não tem Constituição mais atualizada no mundo do que a brasileira. Entretanto, com relação aos direitos sociais são previstos muitos direitos e poucas formas de provisão para manter esses gastos públicos, aí essas sequelas que estamos vivendo aí de Reforma da Previdência, Reforma Tributária e tantas outras que deverão ser fatalmente feitas hoje, amanhã, além do mais essas quatro dezenas e tantas de emendas já incorporadas ao texto da Constituição Brasileira”<sup>5</sup>

### **1.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Neste tópico, busca-se o aprofundamento nos direitos fundamentais consagrados pelo texto constitucional, mormente os relativos aos presos, a fim de, posteriormente, concluirmos pelo seu cumprimento na atual situação do sistema carcerário brasileiro.

#### **1.3.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio da dignidade da pessoa humana foi estabelecido na Carta Magna logo no artigo primeiro, demonstrando sua importância para todo o sistema jurídico brasileiro. De fato, a Constituição o define como fundamento da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, pluralismo político e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Por se tratar de fundamento, a dignidade da pessoa humana é inerente à própria estrutura da República Federativa do Brasil, constituindo seu alicerce, diversamente dos objetivos

5. Dados retirados do sítio da Câmara do Deputados, em comemoração aos 15 anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/15-ANOS-DA-CONSTITUICAO/320587-OS-AVANCOS-TRAZIDOS-PELO-TEXTOPROMULGADO-E-1988.html>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

fundamentais, trazidos no artigo terceiro, que são externos ao Estado, por se tratarem de metas a serem alcançadas.

Nas lições de Luís Roberto Barroso, a dignidade humana, na sua acepção contemporânea, “se iniciou com o pensamento clássico, e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial”<sup>6</sup>. Foi justamente no período do pós-guerra que a dignidade, de ideal apenas religioso e filosófico, migrou paulatinamente para o mundo jurídico, com a inclusão em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos.

Por essa razão histórica, de inspiração pós-atrocidades do totalitarismo na Segunda Guerra, o princípio da dignidade é defendido por alguns como valor constitucional supremo, um bem absoluto, constituindo, além de um direito fundamental, uma qualidade intrínseca a todo ser humano. Essa é a visão, por exemplo, que tem sido dominante na Alemanha, na qual se concebe a dignidade como valor absoluto, prevalecente em qualquer circunstância.

Contudo, considerando a variação da ideia de dignidade humana, dependendo da época e do lugar, formulou-se muitas críticas a respeito dessa sazonalidade e abstração do conceito. Nas palavras de Barroso, “em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores”<sup>7</sup>. Por isso, tem sido utilizada nos mesmos casos concretos por lados frontalmente opostos, defendendo, por exemplo, a possibilidade ou não do aborto, a legalidade da prostituição, as uniões de pessoas do mesmo sexo, dentre outros.

Por isso, Barroso busca delimitar o conteúdo mínimo da dignidade humana, dividindo-a em três elementos que formam o núcleo essencial do princípio, quais sejam:

“[...] *valor intrínseco*, que se refere ao *status* especial do ser humano no mundo; *autonomia*, que expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e *valor comunitário*, convencionalmente definido como a interferência social e estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal” (grifo nosso).

Em resumo, a dignidade da pessoa humana funciona no ordenamento jurídico nacional como o princípio matriz de todos os direitos fundamentais, podendo-se afirmar que os direitos fundamentais existem para promover e proteger a dignidade humana.

Quanto à jurisprudência, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem recorrido a dignidade humana especialmente nas matérias penais e processual penais, garantindo que o preso, em razão da dignidade, não seja tratado como mero instrumento do Estado no processo penal,

6. BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, ano 101 – Vol. 919 – maio de 2012, p. 127 a 196. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf)>. Acesso em 25 de maio de 2018.

7. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 129.

decorrendo daí os direitos à não auto incriminação (*nemo tenetur se detegere*)<sup>8</sup>, à presunção de inocência<sup>9</sup>, ao livramento condicional<sup>10</sup>, à ampla defesa<sup>11</sup>, contra o excesso de prazo em prisão preventiva<sup>12</sup>, dentre outros.

Ademais, em harmonia com o princípio da dignidade, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) em seu artigo terceiro assegura ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Dessa forma, ressalvados os direitos restringidos pela legislação, a exemplo da liberdade de locomoção, o preso mantém incólumes todos os outros direitos que lhes assistiam antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

### **1.3.1.1. DIREITO À VIDA**

O direito à vida, cristalizado no caput artigo quinto da Carta Magna, é o pressuposto elementar dos demais direitos e garantias fundamentais. De fato, é o esteio sobre o qual se escoram os demais direitos garantidos pela Constituição, tendo sido elencado pelo constituinte originário como um dos valores básicos a balizar toda a Carta – em especial todos os setenta e oito incisos do artigo quinto – ao lado dos fundamentos da igualdade, liberdade, segurança e propriedade.

Com relação titularidade, a vida tutelada pelo dispositivo é toda vida humana. Logo, obviamente, é aplicável não apenas aos reclusos do sistema penitenciário, mas a todo e qualquer ser humano presente no país, seja brasileiro ou estrangeiro.

Além disso, deve-se interpretá-lo sob a noção de igualdade, no sentido de não ser possível graduar entre si a importância das vidas tuteladas. Noutras palavras, é idêntica a relevância cada vida humana, não sendo cabível valorizá-la a mais ou a menos por qualquer motivo, por exemplo, reputar com menos valia a vida do idoso em relação à da criança, ou do criminoso recluso na penitenciária em comparação à vida do presidente da república.

Outro aspecto que merece destaque é a dimensão negativa do direito à vida em relação ao Estado, ou seja, no sentido de defesa, negando ao poder público a prática de condutas que firam esse direito dos indivíduos. Todavia, ao lado dessa dimensão negativa, coexiste outra positiva, qual seja, o dever do Estado de proteger as vidas tuteladas, tanto em relação a outros sujeitos privados, como em relação ao próprio poder público.

E essa proteção, decorrente da dimensão positiva do direito à vida, assume papel especial em relação aos indivíduos que se encontram sob as guardas do Estado: os presos. Por essa razão, o poder público tem responsabilidade objetiva em relação às violações à dignidade que ocorrem em seus presídios e, segundo entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, é garantida “a

8. STF, DJ 16 fev. 2001, HC 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

9. STF, DJ 17 out.2008, HC 93782/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

10. STF, DJ 04 dez. 2009, HC 99.652/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

11. STF, DJ 20 out. 2006, HC 85.327/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

12. STF, DJ 30 abr. 2010, HC 98.579/SP, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello.

obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”<sup>13</sup>.

Vale frisar ainda o entendimento amplo que deve balizar a interpretação do direito à vida, significando, além do direito básico a existência física, o direito a uma vida digna. Nesse sentido, além das garantias vitais elementares a qualquer vida humana, seria assegurado o direito à moradia, à alimentação, à educação básica, à saúde, dentre outros direitos necessários para trazer dignidade a vida, além de proibir tratamentos indignos, como a tortura, trabalhos forçados, cruéis e penas de caráter perpétuo.

### **1.3.1.2. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL**

Previsto no artigo quinto, inciso quarenta e nove da Constituição, este direito fundamental garante aos presos o respeito à integridade física e moral, vedando a ocorrência de práticas violadoras desses direitos dentro dos presídios, tanto por parte dos agentes de segurança, com em relação aos presos entre si. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) também estabelece em seu artigo quinto que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Nesse sentido, é inaceitável que o Estado pratique ou permita a ocorrência de atos que denigram a integridade dos reclusos, que, embora privados do direito à liberdade de locomoção, não devem ser afastados da dignidade, inerente a qualquer ser humano.

Com relação ao conteúdo, a integridade física diz respeito, de início, à natureza corporal do preso, no sentido de coibir espancamentos, brigas, motins, dentre outros atos atentatórios à saúde corporal dos reclusos. Por sua vez, a integridade moral busca tutelar a saúde mental dos custodiados, o que engloba a inteligência, as emoções, a intimidade, as emoções, a integridade psíquica.

Além da previsão constitucional, o direito à integridade física e moral é reforçado pelos artigos quarenta da Lei de Execução Penal e trinta e oito do Código Penal, constituindo direito basilar da execução penal no país, inspirando os demais direitos garantidos aos reclusos. Foi utilizado, por exemplo, como fundamento na edição da Súmula Vinculante número onze, na qual o Supremo Tribunal Federal definiu a excepcionalidade dos casos em que se deve fazer uso de algemas.

### **1.3.1.3. CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO**

Na dicção do artigo quinto, inciso quarenta e oito da Constituição Federal, “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do

13. Trecho da tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para fim de repercussão geral, no Recurso Extraordinário (RE) 580252, em 16 de fevereiro de 2017, na qual foi estabelecido que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 23 junho de 2018.

apenado”. Trata-se de norma garantidora da individualização da pena (cristalizado também no inciso quarenta e seis da Carta Magna), porém sob o enfoque executório.

O princípio da individualização da pena assegura ao condenado a imposição e a execução de pena de acordo com o grau de culpabilidade e com os critérios definidos em lei. Em cumprimento ao mandamento constitucional, a Lei de Execução Penal, em seu artigo oitenta e dois, parágrafo primeiro, exige que os maiores de sessenta anos e as mulheres sejam recolhidos a estabelecimento adequado próprio e adequado à sua condição pessoal.

Por isso, sob pena de violação a este princípio, “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”, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal cristalizado na Súmula Vinculante 56.

#### **1.3.1.4. AMAMENTAÇÃO**

Nas palavras do inciso cinquenta da Carta Magna: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Trata-se de direito fundamental não apenas das presidiárias, mas também das crianças ao aleitamento materno, cujo conteúdo é rico em anticorpos, protegendo a criança de muitas doenças como diarreia, infecções respiratórias, alergias, diminui o risco de hipertensão, colesterol alto, diabetes e obesidade<sup>14</sup>.

Nesse sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente garante, em seu artigo nono, que “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.

Além disso, em recente decisão no HC 143641/SP<sup>15</sup>, o Supremo se posicionou pela substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até doze anos ou de pessoas com deficiência. Os fundamentos utilizados foram tanto o direito permanecer com os filhos durante o período de amamentação, como o direito à integridade física e moral e a vedação ao tratamento desumano ou degradante em que se constatou presente na realidade vivida pelas mulheres presas.

#### **1.3.1.5. VEDAÇÃO À TORTURA, TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE**

Dando seguimento à análise dos direitos fundamentais aplicáveis aos reclusos, define o art. 5º, III da CF: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

14. Dados retirados do sítio do Ministério da Saúde. “Amamentar é muito mais do que nutrir a criança. É um processo que envolve interação profunda entre mãe e filho, com repercussões no estado nutricional da criança, em sua habilidade de se defender de infecções, em sua fisiologia e no seu desenvolvimento cognitivo e emocional”. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-para-voce/saude-da-crianca/aleitamento-materno>>. Acesso em 24 junho de 2018.

15. Notícias STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em 24 junho de 2018.

Quanto à conceituação, a Corte Europeia de Direitos Humanos, primeiro órgão a distinguir a tortura do tratamento cruel, desumano ou degradante, definiu a tortura como um tipo agravado de tratamento desumano, atribuído a alguém com finalidade específica. Por sua vez, o Decreto Nº 40/91, que promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, define que:

[...] o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Considerando a semelhança entre os institutos e ausência de definição legal quanto ao tratamento desumano ou degradante, tratando-se de conceitos jurídicos indeterminados, pode-se tecer como semelhança entre a tortura e esses elementos o ato de submeter alguém, com emprego de violência e/ou grave ameaça a intenso sofrimento físico e/ou psíquico.

A diferença, contudo, reside em dois aspectos principais, quais sejam, a gradação do sofrimento físico e/ou psíquico causado à vítima e a finalidade específica da conduta. Quanto à gradação do sofrimento causado à vítima, o tratamento desumano configura-se como intermediário da escala: caso o sofrimento causado extrapole o que se entende por desumanidade, caracteriza-se a tortura, caso contrário, o tratamento degradante. A finalidade específica, por sua vez, é exigência legal para a caracterização da tortura, somente.

A Lei nº 9.455/97 estabelece as finalidades específicas que devem se fazer presentes para constituição do crime de tortura:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Portanto, em resumo, entende-se como tortura e como tratamento desumano (ou cruel) a conduta pela qual se inflige à vítima intenso sofrimento físico ou psíquico, sendo que, enquanto aquela exige uma das finalidades específicas previstas na lei, este não exige finalidade ou propósito aparente. Por fim, o tratamento degradante caracteriza-se pela conduta que humilha e diminui a vítima frente aos outros e aos próprios olhos, levando-a a agir contra sua consciência<sup>16</sup>.

## **2. NORMAS CONSTITUCIONAIS E A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.**

### **2.1. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

A nossa constituição é composta por normas jurídicas que apresentam eficácia, sendo que algumas detêm eficácia jurídica e social e outras apenas jurídica.

Nas lições de Michel Temer:

A eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. (TEMER, 1998, p. 23)

Para José Afonso da Silva (2004, p. 66) “eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”. O referido autor nos traz dois enfoques da eficácia da norma, a saber, a eficácia social e a eficácia jurídica.

A eficácia social, consiste na produção objetiva de resultados previstos na norma no meio social. Portanto, é quando a norma ganha vida e modifica o plano social que dizemos que houve uma verdadeira efetivação da norma. Entretanto, ao falarmos sobre a eficácia Jurídica, estamos nos referindo aos seus efeitos produzidos no plano jurídico, mesmo que ainda não produza efeitos no plano social. É o que acontece, por exemplo, quando uma norma revoga uma norma anterior, mesmo não incidindo efeitos no mundo social. Ela já produz efeitos no mundo jurídico, mas no plano social ela apenas possui um caráter potencial de produzir futuramente efeitos e ser aplicada.

### **2.2. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

A doutrina clássica traz dois tipos de normas constitucionais, a saber as autoaplicáveis e as não autoaplicáveis, as normas autoaplicáveis são as normas que por si só possuem eficácia, elas dispensam complemento. Já as normas não autoaplicáveis dependem de complementação para terem eficácia.

Seguindo, portanto, o entendimento clássico, desenvolvido pelo professor José Afonso da Silva, todas as normas constitucionais são autoaplicáveis, visto possuírem eficácia jurídica, ou seja,

16. Diferenciação extraída do estudo de caso concreto elaborado por Rodrigo José Meano Brito, publicado na Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 81 - 87, nov. - dez. 2015. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista71/revista71.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista71/revista71.pdf)>. Acesso em 25 de junho de 2018.

a capacidade de incidir seus efeitos no mundo jurídico, seja em maior ou menor grau. Logo, a diferença reside nos diferentes graus de efeitos jurídicos das normas constitucionais, resultando em quatro tipos de normas constitucionais: normas constitucionais de eficácia absoluta, plena, contida e limitada ou reduzida.

As normas constitucionais de eficácia absoluta são as normas que não podem sofrer emendas, são conhecidas como “cláusulas pétreas”, temos como exemplo de norma constitucional de eficácia plena o art. 2 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) que trata sobre a independência dos poderes.

A norma constitucional terá eficácia plena, quando produzir todos os seus efeitos desde a sua entrada em vigor, sem a necessidade de complementação por outra norma. Essas normas possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, tais normas não podem sofrer restrição pelo poder legislativo.

As normas constitucionais de eficácia contida também produzem plenamente os seus efeitos desde a sua entrada em vigor, no entanto, elas podem sofrer restrições por parte do legislador nos limites da lei. Como as de eficácia plena, elas também possuem aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, uma vez que podem vir ter seu alcance reduzido, acarretando na limitação de sua eficácia e aplicabilidade.

O quarto tipo de norma constitucional é a norma de eficácia limitada ou reduzida, que recebe esse nome por não produzir a plenitude de seus efeitos jurídicos quando entra em vigor, esse tipo de norma necessita de complementação de outra norma para que ocorra a sua execução. Um exemplo típico desse tipo de norma é o Art. 37, VII da CRFB/88, que prediz que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Tal previsão está condicionada à uma futura regulamentação legal, que como veremos a seguir, o poder legislativo não sanou essa necessidade vindo o Supremo Tribunal Federal agir para solucionar esse “tipo” de omissão inconstitucional.

### **2.2.1 SUBTIPOS DA NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA**

As normas de eficácia reduzida ou limitada se subdividem em normas programáticas e normas de princípio institutivo, organizativo ou orgânico. As normas de princípio institutivo fazem previsão de Órgãos, Entidades ou Instituições que serão estruturados pelo poder legislativo. Temos como exemplo o artigo **Art. 25. Da CRFB/88.**

“**Art.25.** Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o

planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. (art 25. CRFB/88)”

Por sua vez, as normas programáticas implementam políticas de governo a serem seguidas pelo legislador ordinário, ou seja, essas normas traçam diretrizes para que o Estado alcance fins sociais desejáveis.

Como já mencionado, tratam-se de normas de eficácia reduzida e para que alcancem seus objetivos, elas necessitam da complementação de outras normas. O constituinte ao desenvolver tais normas, preferiu não agir diretamente na execução e concretização dos direitos sociais, optou por deixar um norte a ser seguido pelo poder público para que ocorresse a efetivação desses direitos, funcionando como diretrizes, elas estão relacionadas aos interesses econômicos-sociais; incentivo à ciência, à cultura e à tecnologia.

Sendo assim, os direitos fundamentais vistos nesses enunciados normativos só serão concretizados mediante a eficácia normativa, sendo imprescindível a adoção meios que assegurem a efetividade dos direitos fundamentais. Com o objetivo de garantir a efetividade das normas programáticas, a Constituição Federal de 1988, trouxe três instrumentos principais: mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e iniciativa popular.

### **2.2.2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E OS INSTRUMENTOS GARANTIDORES DA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS.**

Conforme previsão do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Contudo, como já estudado, algumas normas, especialmente as normas programáticas, necessitam de complementação legislativa para que tais omissões sejam sanadas e que ocorra a efetivação desses preceitos. Sobre o tema das omissões, vale mencionar duas correntes que tratam desse assunto, a corrente tradicional e outra moderna, defendida por exemplo, por Carlos Alexandre de Azevedo (CAMPOS, 2016, p. 53).

Para os doutrinadores tradicionais a omissão inconstitucional se limita ao análise das normas de eficácia reduzida. O sobre o tema, José Afonso argumenta que,

As normas constitucionais são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, situação que não gera omissão inconstitucional, ou de eficácia contida e também de aplicabilidade imediata, que também não dá margem a omissão, ou de eficácia limitada de princípios institutivos ou de princípio programático e de aplicabilidade dependentes de leis ou outra providência do Poder Público. Aqui é que se situa o campo possível das omissões inconstitucionais. (SILVA, 2000, p.88)

Percebe-se que a doutrina tradicional limita os pressupostos para definir a existência de uma omissão inconstitucional. Essa restrição se baseia, segundo (CAMPOS, 2016), no

“(...)grau de satisfação dos enunciados constitucionais como um dado a priori, alcançável tão somente a partir da formulação textual. “Normas constitucionais não

exequíveis por si mesmas, que “não bastam por si mesmas” ou que não são “autoaplicáveis”, levando em conta apenas a estrutura e disposição semânticas, ensejariam a omissão inconstitucional se não fossem editadas as medidas (atos legislativos e normas regulamentares) necessárias à execução. Ao contrário, em relação às “normas constitucionais exequíveis por si mesmas”, que “bastam por si mesmas (...) assim consideradas em função apenas da maior densidade semântica, seria improprio, em qualquer hipótese, cogitar-se de omissão inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p.40)

Esse entendimento é percebido em várias decisões do STF, que nas palavras de segundo o mesmo autor (CAMPOS, 2016, p. 53), “fez eco à doutrina tradicional brasileira e restringe a configuração da omissão normativa inconstitucional – e, por conseguinte, o exercício do controle de constitucionalidade desse vício – a uma análise da estrutura e da tipologia os enunciados constitucionais em jogo.”

Na visão do autor, o entendimento tradicional precisa ser revisado e ampliado pois a omissão inconstitucional normativa também ocorre com a atuação incompleta de qualquer dispositivo da constituição, não podendo apenas a semântica do enunciado decidir se uma norma pode ou não sofrer tal vício.

Esse reducionismo semântico-estrutural, que tanto se mostra problemático para a efetividade dos direitos fundamentais, padece de equívocos injustificados. (...) 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. (CAMPOS, 2016, p.53)

Como já mencionado, a constituição prevê alguns tipos de instrumentos para garantir a eficácia da norma constitucional, a saber: mandado de injunção ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e iniciativa popular.

O mandado de injunção está previsto no art5º, LXXI, da CRFB/88, “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Segundo (SILVA 2004, p.165), a função do Mandado de Injunção “seria fazer valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa previsto em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado pela falta de regulamentação”.

O outro instrumento é a Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO), prevista no art.103 §2º, da CRFB/88, segundo o qual, “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”.

Temos também a iniciativa popular prevista no art. 61, §2º da CRFB/88, prevê que “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. ”

Outro meio capaz de sanar o vício causado pela omissão inconstitucional é através da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), objeto desse estudo, com origem na suprema corte colombiana, esse instrumento surge na jurisprudência brasileira mediante a Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF de número 347. o ECI busca solucionar o problema envolvido com a transformação dos enunciados normativos em realidade, veremos mais sobre esse tema no decorrer do presente estudo.

### **3. DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

#### **3.1. HISTÓRICO**

Frente as formas de configuração das omissões inconstitucionais, destaca-se a relacionada a falhas estruturais caracterizadas pela violação massiva de direitos fundamentais de amplo número de pessoas em decorrência de omissão do poder estatal. Foi a ocorrência deste tipo de omissão que levou a Corte Constitucional da Colômbia, considerada paradigma do ativismo judicial na América Latina, a reconhecer, na célebre *Sentencia T-153*, de 1998, a existência de um “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário do país.

De fato, foi verificado na demanda, além do quadro de superlotação carcerária das penitenciárias colombianas, a violação massiva dos direitos dos detentos à saúde, à integridade física, à dignidade, à família, ao trabalho, dentre outros direitos fundamentais, destacando-se ainda a omissão e a indiferença do Estado e da sociedade frente a “tragédia diária dos cárceres”<sup>17</sup>.

Frisou-se, ainda, na decisão, a incapacidade dos estabelecimentos prisionais do país para o cumprimento do papel de ressocialização que lhes é recomendado, confirmando, pelo contrário, a máxima de que “as prisões são escolas do crime, geradoras de ócio, violência e corrupção”.

Outro ponto ressaltado foi que a atitude dos gestores políticos frente ao problema carcerário “obedece à lógica do princípio das maiorias”, fazendo dos reclusos pessoas marginalizadas da sociedade, não apenas fisicamente, por se encontrarem em estabelecimentos especiais de difícil acesso, mas também politicamente, por não constituir “um grupo de pressão que possa fazer ouvir sua voz”.

Constatou-se, portanto, não apenas uma deficiência pontual em determinada penitenciária, mas uma violação massiva e contínua de direitos de um número elevado e indeterminado de pessoas em

17. Sentencia T-153, de 1998. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 30 de junho de 2018.

todo o conjunto prisional do país, bem como a falha e omissão não de um órgão ou autoridade apenas, mas de toda a estrutura estatal destinada à garantia dos direitos dos reclusos.

Contudo, nas lições do professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o caso do sistema penitenciário não é o primeiro em que a Corte Constitucional Colombiana se utiliza da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Foi na SU – 559, de 1997, que foi declarado o ECI pela primeira vez, já tendo a corte se utilizado desta técnica decisória em outros casos, dentre os quais se destaca, tanto pela amplitude como pelo sucesso, o do deslocamento forçado de colombianos em virtude da violência urbana.

Neste caso paradigmático, a Corte Constitucional Colombiana, por meio da Sentencia T-025 de 2004, tutela o direito de moradia de aproximadamente 1.150 núcleos familiares (três milhões de pessoas) em condição de extrema vulnerabilidade, não só pelo deslocamento forçado em si, mas também porque, na maioria dos casos, se tratavam de minorias étnicas, de menores de idade, de mulheres chefes de família, entre outras pessoas marginalizadas da sociedade.

Constatou-se que a violência provocada por grupos armados (a exemplo das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC) no país compeliu milhares de famílias a abandonar o lugar em que residiam e trabalhavam habitualmente para outros pontos do território colombiano no intuito fugir da situação de grave perigo em que se viam inseridos. Entres os direitos fundamentais violados, a corte destacou os seguintes: direito a vida em condições de dignidade humana, direito à saúde, à educação e à alimentação, direito a integridade física, direito a escolher o lugar de domicílio, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, as liberdades de locomoção, de expressão e de associação, direito a paz, dentre outros.

Além disso, destacou-se a ineficácia das políticas públicas estatais para a superação da situação:

*En el caso bajo estudio, si bien la Corte ha resaltado la gravedad de la crisis humanitaria que representa el desplazamiento forzado desde 1997, cuando emitió su primera sentencia sobre el tema, y ha mencionado en algunas de sus providencias que este fenómeno podría constituir un estado de cosas inconstitucional, hasta ahora, tal estado no ha sido formalmente declarado. En consecuencia, no se han dado órdenes dirigidas a superarlo.*

[...]

*No obstante la complejidad de las acciones que se precisan para rectificar tal situación y la urgencia de tales medidas, ya han transcurrido varios años sin que se hayan adoptado los correctivos necesarios para garantizar el goce efectivo de sus derechos a la población desplazada, a pesar de las múltiples sentencias de esta Corte donde se ha encontrado una violación de los derechos fundamentales de los desplazados<sup>18</sup>.*

A corte, portanto, confirmou a existência de um estado de coisas inconstitucional:

*Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las*

18. Sentencia T – 025, de 2004. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 30 de junho de 2018.

*distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.*

A decisão da corte, considerada das mais completas do gênero, além de exigir atenção especial quanto à destinação de recursos do orçamento público para o auxílio da população deslocada, determinou a formulação de novas políticas públicas satisfatórias no intuito de superar o estado de coisas inconstitucional. Contudo, não se resumiu a isso o papel da corte constitucional, cuja característica principal no caso foi a preocupação com a efetividade da sentença, e, conseqüentemente, a retenção da jurisdição sobre o litígio, no intuito de assegurar o cumprimento de suas ordens.

Além disso, o comportamento dialógico da corte ao longo dos anos de monitoramento do caso foi essencial para o sucesso da demanda. Percebeu-se que a simples declaração do estado de coisas inconstitucional e a determinação de elaboração de políticas públicas não seriam necessárias para a superação das violações aos direitos fundamentais. Por isso, a corte promoveu a participação de distintos atores, a exemplo de entidades estatais, organizações internacionais, ONG's, organizações da sociedade civil e centros de investigação, sendo o principal mecanismo de participação e deliberação a promoção de audiências públicas.

As audiências, além de funcionarem como mecanismo de prestação de contas por parte do governo e de discussão dos resultados e obstáculos para a implementação das políticas públicas, abriram o processo a um número mais amplo de atores nacionais e internacionais, e garantiram a publicidade e a transparência das discussões.

Outro importante mecanismo de monitoramento utilizado pela corte foi a expedição de “decisões de sequências” denominadas “autos”. A exemplo do Auto 373, de 2016, em que a corte declarou, não obstante os avanços das políticas públicas e a melhoria no quadro das populações em deslocamento forçado, a manutenção do estado de coisas inconstitucional.

Além disso, mais recentemente, cabe destaque o caso das aposentadorias atrasadas e não pagas a dezenas de milhares de segurados colombianos por conta da transição do Instituto de Seguros Sociais (ISS) e a Administração Colombiana de Pensões (Colpensiones), em que se declarou, em

junho de 2013, o estado de coisas inconstitucional. Segundo as estatísticas levantadas na época, estimava-se em 287.238 o número de pedidos de aposentadorias atrasadas no mês de outubro de 2013.

Contudo, o novo indicador relativo ao mês de novembro de 2015 constatou que o número de pedidos foi de somente 21.329, em notória melhora do quadro fático. Por essa razão, a Corte Constitucional, por meio da Sentencia T-774, de 2015, declarou pela primeira vez a superação do estado de coisas inconstitucional:

Se suprimieron las violaciones a los derechos fundamentales de los usuarios de la entidad. Lo que constata es que actualmente no se reúnen las condiciones dispuestas en la jurisprudencia para continuar la intervención judicial en la operación de Colpensiones a través de la figura del estado de cosas inconstitucional, cuyo carácter es excepcional, intenso y transitorio<sup>19</sup>.

Ressaltou-se na sentença o esforço realizado pelo governo nacional colombiano, que destinou mais de duzentos e trinta milhões de pesos para atender as ordens previstas na Sentencia T-774, além de aumentar o número de funcionários da *Colpensiones* e o aumento do número de aposentados em relação à quantidade que tinha reconhecido o direito na administração anterior do *ISS*. Contudo, a corte, por prudência, resolveu ainda formular ordens para proteger os direitos fundamentais dos segurados da entidade que continuam sendo violados, porém em menor número.

### 3.2. CONCEITO

Aduz-se o conceito elaborado pelo professor Carlos Alexandre (CAMPOS, 2016, p. 187):

Apoiado nas decisões da Corte Constitucional e nos comentaristas colombianos, defino o ECI como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes 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 órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas a superação dessa realidade inconstitucional.

Trata-se, portanto, de técnica decisória (e não de uma ação judicial propriamente dita) por meio da qual se declara uma “realidade inconstitucional”. Ou seja, não se declara um ato do Estado ou uma norma jurídica propriamente dita como inconstitucional, mas sim uma realidade ou situação fática. Conforme ressalta Garcia (JARAMILLO, 2015, p. 189), a “doutrina do ECI confronta a realidade como um juízo normativo e conclui estar-se diante de situações que não são compatíveis com a Constituição”.

Destarte, após a constatação da situação fática maculada pela violação reiterada de direitos fundamentais básicos, busca-se o diálogo com os poderes da república, através do judiciário, a fim de estabelecer uma série de medidas tendentes a superar o estado de coisas inconstitucional.

### 3.3. REQUISITOS

Considerando a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, cujo ápice se apresentou na *Sentencia T-025*, que trata do caso das famílias deslocadas, utilizou-se de seis requisitos

19. Sentencia T-774/15. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-774-15.htm>>. Acesso em 30 de junho de 2018.

para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, quais sejam: (1) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, que afeta um número significativo de pessoas; (2) a omissão das autoridades públicas para o cumprimento das garantias dos direitos; (3) a adoção de práticas inconstitucionais; (4) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou outras necessárias para evitar a violação dos direitos; (5) a existência de um problema social cuja solução requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e a intervenção de várias entidades; (6) se cada pessoa afetada pelo mesmo problema ingressar com ações judiciais se produziria um congestionamento judicial; conforme trecho da sentença transcrito abaixo:

*Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

O professor Carlos Alexandre de Azevedo (CAMPOS, 2016, p. 179), por sua vez, de forma a tornar mais clara e objetiva a identificação e afirmação do Estado de Coisas Inconstitucional, sugere a diluição dos requisitos utilizados pela Corte Constitucional Colombiana em quatro pressupostos básicos: (1) a constatação de um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afetam a um número amplo de pessoas; (2) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais; (3) a exigência da expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas um conjunto desses, para a superação dos problemas de violação de direitos; e (4) a potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação dos direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária.

Cumprindo ressaltar a necessidade da rigorosa observação de todos os requisitos ou pressupostos para o reconhecimento do estado de coisas, configurando, dessa forma, medida de caráter absolutamente excepcional. A fiel e cautelosa observância dos pressupostos pelas cortes constitucionais, portanto, evitaria a possível banalização ou ubiquidade do instituto.

Quanto às fases do Estado de Coisas Inconstitucional, cita-se, por questões didáticas, a interessante “teoria da árvore do estado de coisas inconstitucional”, desenvolvida por Juliana Patrício da Paixão (PAIXÃO, 2016, p. 80), para explicar a evolução das fases de aplicação do estado de coisas.

A autora utiliza-se de cada estrutura de uma árvore (raízes, tronco e copa com galhos, folhagens e frutos) como método de significação das etapas do processo constitucional do Estado de Coisas Inconstitucional.

De início, a teoria compara as raízes de uma árvore com as causas da existência do Estado de Coisas Inconstitucional. Tratam-se, na verdade, dos pressupostos já supramencionados para o reconhecimento do estado de coisas, a exemplo da violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas devido à descoordenação entre os poderes ou por fragmentação do poder político, dentre outros.

Para que as raízes cresçam e se desenvolvam, é necessário ambiente propício, como a presença de água, de luz e de nutrientes específicos na terra. Esse ambiente propício é, segundo a teoria, a existência de uma democracia sólida e fértil em ativismo judicial e judicialização da política. A luz, por sua vez, é comparada a conscientização dos Poderes e da população para a existência da falha estrutural, sendo que, quanto maior a superfície da árvore exposta à luz, maior será a ciência e compreensão dos problemas estruturais.

Já o tronco robusto é a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pela corte constitucional, dentro do qual flui a seiva, comparada aos diálogos institucionais entre os Poderes e destes com a sociedade civil, perpassando e fortalecendo toda a estrutura da árvore.

O tronco se alonga e se dividem em galhos e ramificações. A copa corresponde as soluções do Estado de Coisas Inconstitucional, sendo que cada diretriz indicada na sentença estrutural pode estimular o surgimento de um galho. Cada diretriz (galho) se subramifica em ordens flexíveis e medidas mais pontuais em resposta a cada estímulo externo das políticas públicas, desenvolvendo-se os galhos menores.

Por conseguinte, o crescimento da árvore tende a geração de frutos, que são a síntese de todos os esforços para superar a profundo ruptura dos direitos fundamentais. Podem ser exemplos de frutos a elaboração de novas políticas públicas, de novas leis ou a criação de uma infraestrutura eficiente para superação do estado de coisas.

Por fim, cabe frisar o Projeto de Lei nº 736, de 2015, voltado a inclusão de vários artigos na Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre a ADPF, em especial do artigo 9º-A, que reconhece expressamente a possibilidade da declaração pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I – constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;

II – falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;  
 III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.

Art. 9º-B. Reconhecido o estado de coisas inconstitucional, nos termos do art. 9º-A, o Supremo Tribunal Federal determinará a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos.

Parágrafo único. O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada.

### **3.4. O ECI NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Tornou-se lugar comum afirmar que o sistema penitenciário brasileiro é desumano e que funciona como uma “escola de criminosos”. É de conhecimento geral da população e das autoridades públicas a falência das estruturas dos estabelecimentos prisionais brasileiros e das políticas de ressocialização.

Por outro lado, ao se analisar o ordenamento jurídico em relação ao direito penitenciário, percebe-se a ampla garantia de direitos aos presos, tanto na Constituição Federal de 1988, como nas normas infraconstitucionais. A exemplo da Lei de Execução Penal (Lei Nº 7.210/1984), considerada das mais avançadas do mundo, foi publicada há mais de três décadas.

Nas palavras do relatório da CPI do Sistema Carcerário, promovido pela Câmara dos Deputados em 2009: “Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano”.

A CPI, que além de promover audiências públicas, realizou diligências nos estabelecimentos penais dos dezoito estados brasileiros, mantendo contato direto com os encarcerados, concluiu pela inefetividade do dever de ressocialização dos reclusos: “Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas”.

Houve diversas intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, requerendo ao Estado brasileiro a adoção de medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade em diversos presídios brasileiros, a exemplo do Complexo Penitenciário de Pedrinhas”, em São Luís/MA e do centro penitenciário “Professor Aníbal Bruno”, em Recife/PE.

Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2014, o Brasil era o país com o quarto maior número absoluto de presos no mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Contudo, ao passo que esses países reduzem as suas taxas

de encarceramento nos últimos anos, o Brasil segue em trajetória diametralmente oposta, incrementando sua população prisional na ordem de 7% ao ano, aproximadamente.

Em alerta à precária situação dos presídios, o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, afirmou publicamente que “os presídios no Brasil ainda são medievais” e que “preferiria morrer a ter que passar muitos anos preso numa penitenciária brasileira”.

### **3.5. ADPF 347- A PRIMEIRA UTILIZAÇÃO DO ECI COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO À OMISSÃO INCONSTITUCIONAL**

É notório as condições em que se encontram as prisões brasileiras, há diversos estudos e pesquisas que demonstram que enfrentamos uma grande crise no sistema carcerário, como por exemplo, problemas relacionados às superlotações e as condições de insalubridade em que se encontram os presos.

Por tais razões, constantemente a Suprema Corte brasileira é chamada para se pronunciar sobre alguns desses problemas presentes nas penitenciárias nacionais. Em 2014 foi impugnado o Recurso extraordinário (RE) nº 580.252/MS, de relatoria do então Ministro Teori Zavascki, nesse RE o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou a respeito da possibilidade de o estado indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem as penas em condições degradantes. O Excelso Supremo Tribunal Federal entendeu ser cabível tal indenização, aprovando a seguinte tese:

“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” (RE nº 580.252/MS)

O tema da reparação do dano também é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.1570/DF, de relatoria da ministra Rosa Weber. Além desse tema outros temas foram apreciados pelo egrégio Tribunal, como por exemplo o RE nº 641.320/RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes sobre o direito do condenado que está em regime semiaberto poder receber a progressão do regime, quando não houver acomodações adequadas para o cumprimento da pena no regime previsto.

Mas foi com a Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF de número 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, com relatoria do ministro Marco Aurélio, que o ECI do sistema prisional brasileiro foi reconhecido pelo STF. O PSOL pediu o reconhecimento do ECI, bem como medidas para solucionar as lesões causadas aos preceitos fundamentais.

Além de apontar os problemas decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, demonstrou que o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, possuía um montante no valor de R\$ 2,2 bilhões, e que em 2013, por questões burocráticas

foi utilizado menos de 20% desse valor, demonstrando uma má gestão e uma desentonação entre as esferas públicas.

Na ADPF foram formulados os seguinte pedidos, em sede de medida cautelar:

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.
- c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.
- e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.
- h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

O Supremo decidiu por reconhecer, de maneira expressa, o ECI do sistema carcerário brasileiro, deferindo a cautelar em relação às alíneas “b”, “h”:

O Tribunal 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; 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; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”; 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. 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. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. (ADPF 347. Plenário, 09.09.2015).

O relator, o ministro Marco Aurélio, exemplificou as violações sistêmicas de diversos direitos fundamentais, as falhas estruturais e a falência das políticas públicas, a maioria do STF reconheceu a vigência de um ECI, bem como a violação de direitos fundamentais, bem como o dever do tribunal de intervir, de maneira estrutural, para solucionar tais problemas, inclusive sobre a escolha orçamentária dos recursos. A ementa do acórdão ficou assim redigida:

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.

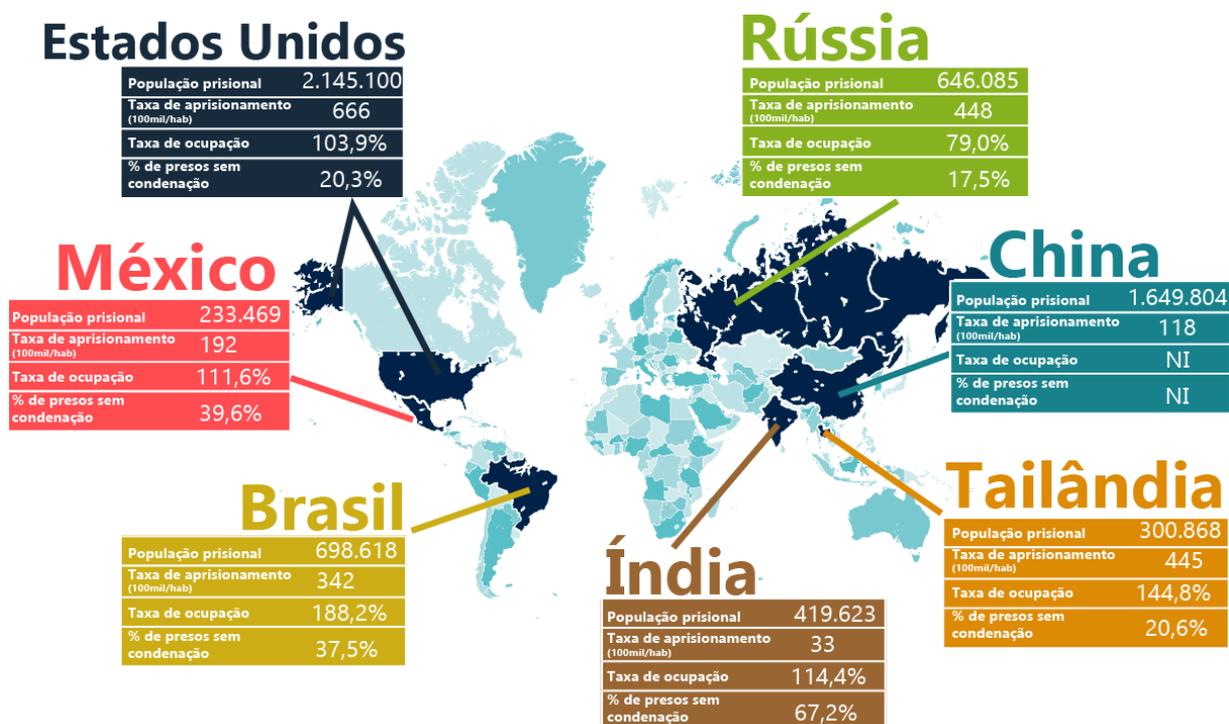
Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado 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.

(ADPF 347)

### **3.6. DA SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Segundo as estatísticas mais recentes do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016, correspondendo a quase o dobro do número de vagas (368.049 no mesmo período). Com esse número, o Brasil é o terceiro país com maior número de pessoas presas, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, e a frente da Rússia, quarto lugar da lista, conforme figura abaixo:



Os dados são alarmantes e indicam que a população carcerária tem aumentado bastante ao longo dos anos. Pela primeira vez na história, em junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90, conforme gráfico abaixo:

**Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016**



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

A taxa de presos para cada 100 mil habitantes subiu para 352,6 indivíduos em junho de 2016, sendo que, em 2014, era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. Contudo, o número de vagas em unidades prisionais, embora tenha tido um pequeno aumento, ainda não é o suficiente para abrigar com o mínimo de dignidade toda a população carcerária brasileira.

As estatísticas comprovam esta situação. De acordo com o relatório, 89% da população prisional brasileira está em unidades superlotadas: 78% dos estabelecimentos penais têm mais presos que o número de vagas. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, o déficit de vagas aumentou: passou de 250.318 para 358.663. A taxa de ocupação nacional é de 197,4%, conforme tabela ao lado.

Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2016

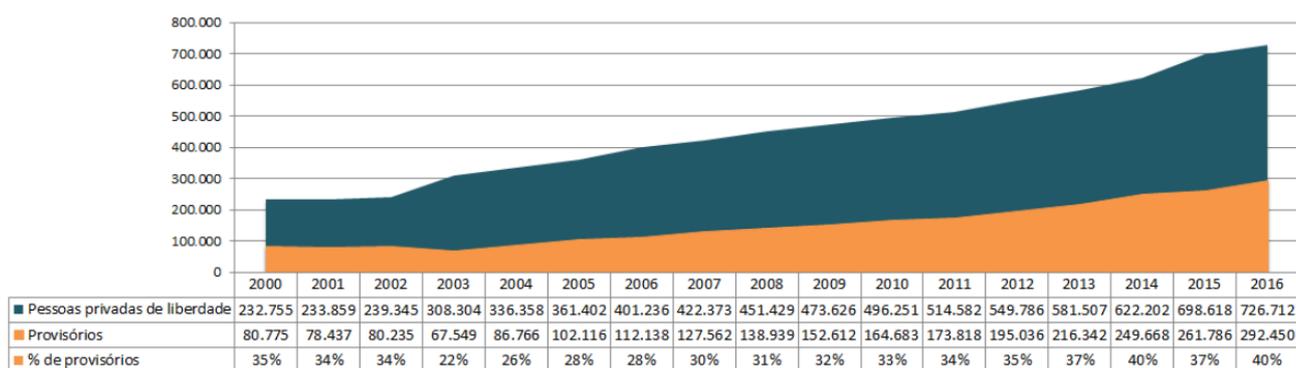
Brasil - Junho de 2016	
<b>População prisional</b>	<b>726.712</b>
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
<b>Vagas</b>	<b>368.049</b>
<b>Déficit de vagas</b>	<b>358.663</b>
<b>Taxa de ocupação</b>	<b>197,4%</b>
<b>Taxa de aprisionamento</b>	<b>352,6</b>

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Além disso, as informações do levantamento de 2016 ainda confirmam o perfil já conhecido do preso no Brasil: jovens e negros. Do universo total de presos no Brasil, os números revelam que 55% possuem idade entre 18 e 29 anos, e quando estratificado segundo a cor da pele, o levantamento mostra que 64% da população prisional é composta por pessoas negras.

Os dados revelam ainda que 40% dos encarcerados são formados por presos provisórios. Conforme as informações do Infopen, em que se constrói a evolução do total da população provisória no sistema prisional desde os anos 2000, o ápice de toda a estatística se confirma no ano de 2016, conforme gráfico abaixo:

Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano.

Quanto à escolaridade, 75% da população prisional brasileira não chegou ao ensino médio. Menos de 1% dos presos possui graduação. Ademais, os crimes relacionados ao tráfico de drogas são a maior incidência que leva pessoas às prisões, com 28% da população carcerária total. Roubos e furtos somados chegam a 37%. Homicídios representam 11% dos crimes que causaram a prisão.

Outro ponto importante diz respeito às verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), que embora o recurso estimado em 1,2 bilhão de reais tenha sido liberado, por meio da cautelar concedida pelo STF, apenas 3,72 por cento do total foi utilizado pelos governos estaduais, conforme Relatório do Departamento Penitenciário Nacional (Depen)<sup>20</sup>.

Apesar da desburocratização para utilização dos recursos – por exemplo, a verba foi liberada direto do fundo nacional para os fundos estaduais mesmo sem a existência de um projeto para ela – o módico aproveitamento do recurso revela a falta de estrutura dos próprios governos estaduais, incapazes de elaborar projetos adequados às regras exigidas para as das reformas.

Por fim, em resumo, percebe-se que, conquanto o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o estado do sistema carcerário brasileiro pouco avançou em comparação com os dados levantados antes da decisão. Pelo contrário, os dados informam que a população prisional brasileira segue em franco crescimento (pela primeira vez ultrapassou a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade) e as vagas disponíveis não conseguem acompanhar tal crescimento, pois 89% da população prisional brasileira cumpre suas penas em unidades superlotadas.

#### **4. CONCLUSÃO**

Conclui-se que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro pelo STF por meio da ADPF 347, bem como a concessão das medidas cautelares com a liberação das verbas do Funpen, foi um passo importante para a efetivação dos direitos fundamentais e paradigma na jurisdição constitucional brasileira, estabelecendo-se como o marco inicial de utilização deste tipo de técnica decisória.

Todavia, conforme demonstrado pelos dados obtidos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), percebe-se que o estado do sistema carcerário brasileiro pouco avançou em comparação com os dados levantados antes da decisão. Pelo contrário, os dados confirmam o franco crescimento da população prisional brasileira (pela primeira vez ultrapassou a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade) e a carência de vagas para acompanhar tal crescimento, pois 89% da população prisional brasileira cumpre suas penas em unidades superlotadas.

É necessário avançar mais, com o envolvimento e atuação de todas as poderes, órgãos e entidades direta e indiretamente envolvidas com a efetivação dos direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, por exemplo, na estruturação dos governos dos Estados a fim de possibilitar a

19. Disponível em <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,estados-so-usaram-3-7-da-verba-para-presidios,70002128440>>. Acesso em 05 de julho de 2018.

utilização efetiva dos recursos do Funpen na medida em que a situação degradante dos cárceres brasileiros necessitam.

## 5. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil* / Paulo Bonavides, Paes de Andrade. – 3. ed. – Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. CPI sistema carcerário. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384)

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

\_\_\_\_\_. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal* / Carlos Alexandre de Azevedo Campos. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Omissões Inconstitucionais e seus instrumentos de controle – Contribuições para o aprimoramento institucional*. Salvador: Juspodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP)

Execução penal: esquematizado / Norberto Cláudio Pâncaro Avena. – 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

GARAVITO, César Rodríguez. FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia* / Rodríguez Garavito César y Diana Rodríguez Franco. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARAVITO, César Rodríguez. FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* // César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco.- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

PAIXÃO, Juliana Patrício da. *O estado de coisas inconstitucional na saúde pública e a metáfora da árvore*. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca\\_videoteca/monografia/Monografia\\_pdf/2016/Juliana\\_PatriciodaPaixao\\_Monografia.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2016/Juliana_PatriciodaPaixao_Monografia.pdf)>. Acesso em 01 de julho de 2018.

JARAMILLO, Leonardo García. *Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. Cidade do México: UNAM, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo / José Afonso da Silva*. -- Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2000.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.