

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

**Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise da decisão liminar concedida
na ADPF 347/DF e da situação do sistema penitenciário brasileiro**

***Unconstitutional State of Affairs: an analysis of the preliminary decision
granted in ADPF 347 / DF and the situation of the Brazilian penitentiary system***

SÃO PAULO

2018

GABRIEL ANTONIO PINTO ANDRADE

GUSTAVO GOMES BASILIO

Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise da decisão liminar concedida na
ADPF 347/DF e da situação do sistema penitenciário brasileiro

Artigo científico apresentado ao
Grupo de Estudos de Direito
Administrativo Contemporâneo
da Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Monitora responsável: Raisa Reis

SÃO PAULO

2018

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo mostrar a origem e evolução do conceito de estado de coisas inconstitucional, a situação do sistema prisional brasileiro e como esses dois objetos estão relacionados. Passa de um breve estudo da concepção colombiana do estado de coisas para sua aplicação no Supremo Tribunal Federal brasileiro, devido à contínua decadência do sistema carcerário brasileiro. Revelando as doenças estruturais que sustentam a manutenção dos prisioneiros brasileiros em condições humanas indignas, pretende provocar a reflexão de quão perigoso pode ser o crescimento da população prisional para uma nação. Portanto, à medida que o objetivo principal for sendo resolvido, uma quantidade notável de dados será mostrada para dar pistas de quão inumano o estado de coisas pode ser.

Palavras-chave: 1. Estado de Coisas Inconstitucional. 2. Sistema Prisional
3. Sistema carcerário brasileiro

ABSTRACT

This paper aims to show the origin and evolution of the concept of unconstitutional state of affairs, the situation of the brazilian prison system and how these two objects are related. It goes from a brief study from the colombian conception of the state of affairs towards its application on the brazilian Supreme Federal Court due to the continous decay of the brazilian prison sytem. Revealing the estructural deseases that assole the maintenance of brazilian prisioners on a unworthy human conditions, it intends to provoke the reflection of how dangerous the growing of the prisional population can be to a nation. Therefore, as the main objective goes being settled, a remarkable amount of data will be shown to give clues of how unmoral the state of affairs can be.

Keywords: 1. Unconstitutional State of Affairs. 2. Prison System. 3. Brazilian prison sytem

1. DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

1.1. Conceito e histórico Estado de Coisas Inconstitucional.

1.1.1. Conceito e uma breve análise

O Estado de Coisas Inconstitucional consiste em uma técnica do judiciário que tem como objetivo enfrentar situações de graves violações de direitos fundamentais. Trata-se de situações em que se destacam: (i) a violação generalizada de diversos direitos fundamentais de um grande número de pessoas; (ii) a omissão das autoridades no cumprimento da garantia desses direitos, por um período longo; (iii) a necessidade de intervenção de diversos órgãos públicos para solucionar o problema social; (iv) a ausência de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias para sanar a violação dos direitos; (v) o comprometimento de uma quantia significativa de recursos orçamentários; e (vi) a possibilidade de ajuizamento de várias ações sobre as mesmas violações de direitos, prejudicando o funcionamento do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o mestre e doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Carlos Alexandre de Azevedo Campos, resume o Estado de Coisas Inconstitucional. Vejamos:

“Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.”

Clara Inés Vargas Hernández, ministra da Corte Constitucional da Colômbia de 2001 a 2009¹ e a primeira mulher a assumir o cargo de presidente da Corte colombiana (2003)², trata brilhantemente do assunto. Vejamos:

¹ Corte Constitucional da Colômbia. *Magistrados anteriores*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/magistradosanteriores.php>>. Acesso em: 12/07/2018.

² El tiempo. *Presidenta em Corte Contitucional*. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1035335>>. Acesso em: 12/07/2018.

“O Estado de Coisas Inconstitucional pode ser encarado como a expressão da proteção dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, uma vez que o seu reconhecimento acarreta mandados de ações e deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado.

(...)

Nessa medida, além de atuarem como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, exigem que este empreenda um conjunto de ações administrativas e legislativas para assegurar a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional corresponde ao papel que o juiz constitucional está cada vez mais sendo chamado a cumprir, o de garante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista (HERNÁNDEZ, 2003, p. 203-207).”

Diante deste contexto, o que se pode verificar é que esta técnica ou mecanismo judicial radical deve ser usada apenas em situações excepcionais, urgentes e calamitosas, nas quais os instrumentos tradicionais de jurisdição não serão suficientes para solucionar o problema. Isto porque, trata-se de um problema “estrutural”, o qual alcança um significativo número de pessoas, demandando o envolvimento de diversos órgãos institucionais e tornando a execução complexa.

Ademais, a falha estrutural dos órgãos institucionais que origina a violação generalizada e sistemática dos direitos fundamentais de um certo grupo chama atenção aos problemas políticos e institucionais de um país, o que agrava, ainda mais, a situação e torna necessário um forte ativismo judiciário, como se verifica na determinação do Estado de Coisas Inconstitucional.

Cumprir destacar que situações de violações graves aos direitos fundamentais provavelmente serão identificadas em países subdesenvolvidos ou com pouco desenvolvimento, com políticos corruptos, órgãos públicos deficientes e grande desigualdade social, motivo pelo qual conclui-se que a situação decorre de uma crise política, institucional e cultural.

Neste cenário, o sistema judiciário, especialmente a Suprema Corte do país, visa proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em questão, deixando de focar nos problemas particulares ou específicos, desprezando as decisões mais ortodoxas. Para isto, é necessário fortalecer o diálogo entre os Poderes do Estado e suas respectivas instituições, superando os bloqueios políticos e incentivando a criação de políticas públicas amplas e eficientes.

Entretanto, em países como o Brasil, em que o Poder Judiciário está cada vez mais forte e determinante para o cenário político do país, ressalta-se que o ativismo judicial aplicado por meio da determinação do Estado de Coisas Inconstitucional deve ser cuidadosamente acompanhado pelos demais poderes do Estado Democrático, uma vez que a “violação grave dos direitos fundamentais” pode ser um guarda-chuva debaixo do qual será colocado o que o ativismo quiser.

Portanto, o Poder Judiciário deve determinar o Estado de Coisas Inconstitucional por meio de decisões flexíveis e possíveis de serem cumpridas, para que a atuação conjunta dos órgãos institucionais seja efetivamente suficiente para a solução do problema social.

1.1.2. Histórico

A técnica, o “Estado de Coisas Inconstitucional”, foi construída pela Corte Constitucional da Colômbia em 1997, por meio do caso SU-559, em que se identificou a distribuição desigual dos direitos previdenciários aos professores dos municípios de María La Baja e Zambrano.

Após a criação desta técnica, a Corte Constitucional colombiana passou a utilizá-la em situações similares, em diversificadas categorias, quais sejam:

- a) *Sentencia* T-068, de 05 de março de 1998: caso que tratou da morosidade nas respostas de petições de aposentados e pensionistas relacionadas à obtenção de diferenças das verbas previdenciárias, pela Caixa Nacional de Previdência;
- b) *Sentencia* SU-250, de 26 de maio de 1998: caso que tratou da omissão do Estado na organização do concurso público para notário;
- c) *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998: caso que tratou da elaboração de políticas públicas eficientes para proteção dos defensores de direitos humanos da Colômbia;
- d) *Sentencia* T-525, de 23 de julho de 1999: caso que tratou do atraso sistemático no pagamento das verbas de aposentadoria por entidades territoriais.

Entretanto, as duas mais importantes decisões, além da que criou a técnica, abordaram temas impactantes na Colômbia, a saber: (i) sistema carcerário nacional e (ii) deslocamento forçado das pessoas.

No primeiro caso, a Corte Constitucional colombiana, por meio do caso *Sentencia* T- 153 de 1998, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional diante do caótico cenário de superlotação das penitenciárias do país. Já no segundo caso, a Corte Constitucional da Colômbia aplicou a técnica supramencionada no caso *Sentencia* T-025 de 2004, no qual tratou do deslocamento forçado de pessoas em decorrência da violência no país.

Onze anos depois, o Supremo Tribunal Federal, seguindo a construção jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia, declarou, pela primeira vez no Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional diante da condição precária do sistema penitenciário brasileiro, por meio da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) 347/DF.

Dessa maneira, analisaremos a seguir as decisões mais importantes sobre a figura do Estado de Coisas Inconstitucional.

1.2. Análise do modelo colombiano e seus êxitos e falhas.

O presente tópico tem como objetivo analisar de forma mais detalhada as decisões mais importantes da Corte Constitucional da Colômbia sobre o Estado de Coisas Inconstitucional.

1.2.1. *Sentencia* SU-559 de 1997

Nesta ação, a Corte Constitucional colombiana analisou o caso de 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano que recebiam os seus direitos previdenciários de forma desigual, apesar de sofrerem os mesmos descontos mensais que professores de outros municípios ou departamentos. Neste cenário, os autores da ação alegaram violação dos seus direitos (i) à vida, (ii) à saúde, (iii) à previdência social e (iv) ao trabalho.

Ao analisar o caso, a Corte colombiana entendeu que o descumprimento da obrigação era generalizado e sistemático, alcançando um número significativo de professores, além dos que instauraram o processo, razão pela qual declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, nos seguintes termos:

“CORTE CONSTITUCIONAL-Colaboración armónica con órganos del Estado/ESTADO DE COSAS-Notificación y requerimiento por violación de la Constitución/ACCION DE TUTELA-Notificación de irregularidad a las autoridades públicas y efectos.

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.”³

Com o fundamento de dever institucional de colaboraçã, a Corte colombiana alinhou um plano de soluçã que envolveu outros poderes estatais do país e não se limitou às partes do processo. Intimou (i) os ministros da Educaçã, da Fazenda e do Crédito Público, (ii) os governadores e prefeitos, (iii) as Assembleias e Conselhos Municipais, (iv) o diretor do Departamento Nacional de Planejamento, para ciência e providências práticas e orçamentárias. Ademais, determinou aos municípios que se encontrassem em situaçã parecida a correçã da inconstitucionalidade em prazo razoável.

³ Corte Constitucional da Colômbia. *Relatoria*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 12/07/2018.

Embora este primeiro caso não demonstre a real dimensão da figura do Estado de Coisas Inconstitucional, o resultado foi positivo e a Corte Constitucional foi pioneira na utilização deste instituto, cuja técnica passou a ser utilizada em outros casos, ainda mais críticos, como veremos a seguir.

1.2.2. **Sentencia T-153 de 1998**

No ano posterior à criação do instituto, a Corte Constitucional da Colômbia declarou o Estado de Coisas Inconstitucional diante das condições do sistema penitenciário do país. No caso T-153, analisou as condições desumanas e a superlotação das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e Bellavista de Medellín.

Chamando de “tragédia diária dos cárceres”, a Corte colombiana identificou um cenário caótico em diversas penitenciárias do país, constatando-se o quadro de grave violação aos direitos fundamentais dos presos, especialmente à dignidade humana. Verificou-se que a superlotação e a violência eram generalizadas e massivas, considerando como problemas nacionais, de modo que a responsabilidade era de um conjunto de autoridades, diante da ausência absoluta de políticas públicas.

Dessa maneira, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, determinando a imposição de diversas medidas aos órgãos estatais, tais como: (i) a elaboração de um plano de construção e renovação das unidades carcerárias, no prazo de três meses, pelo Ministério da Justiça, Departamento Nacional de Planejamento e o Instituto Nacional Penitenciário; (ii) a providência de recursos orçamentários necessários, pelo Governo nacional; (iii) a criação e manutenção de presídios próprios, pelos governadores; (iv) a implementação, pelo Presidente da República, de medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos presidiários; (v) a obrigação do monitoramento da implementação dada à Procuradoria-Geral da Nação e Defensoria do Povo. Confira-se um trecho da decisão que aborda o instituto em questão:

“ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL - Alcance

Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud

de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO – Hacinamiento

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.”⁴

Ocorre que a Corte colombiana falhou neste caso, cuja decisão foi bastante criticada no país, haja vista, principalmente, a falta de monitoramento, pela Corte, da implementação das medidas determinadas. Além disso, as críticas recaíram, também, sobre a priorização da construção de novos presídios sem a real avaliação das causas de hiperencarceramento constatadas, tais como o excesso de prisões preventivas e a edição de leis penais mais rígidas; e a pouca flexibilidade das ordens.

Considerando as falhas no diálogo entre os poderes estatais sobre a execução das medidas impostas na decisão e a desobediência dos órgãos públicos no cumprimento das determinações, este caso serviu de exemplo para o

⁴ Corte Constitucional da Colômbia. *Relatoria*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 14/07/2018.

desenvolvimento da técnica, o que se pode verificar no próximo caso a ser analisado.

1.2.3. Sentencia T-025 de 2004

Considerado o caso mais importante da Corte Constitucional colombiana no que tange ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a *Sentencia* T-025 de 2004 abordou a questão do deslocamento forçado das pessoas em razão da violência.

Nesta ocasião, a Corte analisou 108 pedidos de tutelas, ajuizados por 1.150 famílias de “deslocados”, o que chamou a atenção do Poder Judiciário da Colômbia, que por muito tempo ignorou, juntamente com os outros poderes estatais, a grave situação de migração de pessoas no território colombiano causada pelas ações violentas que ameaçavam a integridade física ou a própria vida da população deslocada, por grupos como as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC).

A crise dos deslocados era generalizada, de modo que a grave violação de direitos fundamentais, como os direitos de saúde, educação, trabalho e moradia, comoveu a Corte colombiana, a qual considerou que as políticas públicas então existentes eram incapazes de superar o problema social identificado.

Consciente do erro cometido em 1998, a Corte Constitucional da Colômbia, desta vez, proferiu ordens flexíveis e fortaleceu o diálogo com os outros poderes estatais e com a sociedade, com a finalidade de solucionar o problema. Assim, declarando o Estado de Coisas Inconstitucional, determinou: (i) a elaboração de novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficientes para proteger, no geral, os direitos violados; e (ii) a reserva orçamentária especial ao problema. Confira-se um trecho da decisão que aborda o instituto em questão:

“ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA - Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA - Declaración formal

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 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.

AUTORIDADES - Están obligadas a la corrección de desigualdades sociales

Las autoridades están obligadas -por los medios que estimen conducentes – a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad.

DEBERES DEL ESTADO - Clases

Se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”-. Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.”⁵

⁵ Corte Constitucional da Colômbia. *Relatoria*. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>>. Acesso em: 14/07/2018.

Neste caso, o sucesso se deu em razão do monitoramento, realizado pela Corte, da implementação das medidas determinadas. Pela primeira vez, a Corte não se limitou a determinar a solução do problema por meio de providências a serem adotadas pelas autoridades públicas, de modo que nesta ocasião acompanhou de perto o cumprimento da decisão.

Nesse sentido, a Corte criou um diálogo institucional para solucionar as falhas estruturais em políticas direcionadas à população deslocada, deixando de estabelecer detalhes das medidas a serem adotadas pelos órgãos estatais e flexibilizando a atuação do Estado e da sociedade em geral, permitindo-se, assim, a elaboração e aplicação de políticas públicas em conjunto por meio de audiências públicas.

Dessa maneira, com a participação ampla da sociedade, combinada com a atuação dos órgãos estatais e com a fiscalização contínua da Corte, o resultado desejado foi alcançado, razão pela qual consolidou esta decisão como a mais importante no que diz respeito ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia.

2. DA PRECARIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

2.1. Breve análise dos dados do sistema penitenciário brasileiro

Não é novidade que o sistema prisional brasileiro está em colapso. O levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN 2017⁶, divulgado oficialmente em dezembro de 2017, escancara a realidade assombrosa: com 726.712 presos, o Brasil assumiu o terceiro lugar no ranking dos países com maior população carcerária no mundo⁷.

⁶ Levantamento de Informações Penitenciárias 2016 – INFOPEN. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>> Acesso em 28/07/2018

⁷ Highest to Lowest - Prison Population Total. World Prison Brief. Disponível em

Não fosse este dado suficiente para evidenciar os rumos sombrios que o cárcere no Brasil está tomando, se analisarmos os três concorrentes diretos nesse pódio (Estados Unidos, China e Rússia), verifica-se que somos o único país cuja população carcerária não para de aumentar.

Se o número de presos é alarmante, o número de vagas do sistema face ao déficit de vagas é, para se dizer o mínimo, assustador e preocupante. São 368.049 vagas para 726.712 presos, ou seja, o déficit equivale a 358.663 vagas. Isto é dizer, em cálculo simples, que o número de presos representa mais que o dobro do número de vagas disponíveis.

Não há um estado sequer da União que não apresente um quadro de déficit de vagas em seus sistemas prisionais locais. Só no Estado de São Paulo, são 240.061 presos para 131.159 vagas, representando um déficit de 108.902. Se São Paulo fosse um país, sozinho ocuparia o sétimo lugar no ranking mundial.

Dentre a inúmeras questões que surgem ao debruçar-se sobre estes números, a principal, talvez, seja tentar entender o porquê o seu crescimento exponencial, quase em progressão geométrica, não cessa.

As leis penais não são brandas ou frouxas para aqueles que não tiverem acesso a uma boa defesa, mas tão somente para aqueles que puderem custear bons advogados ou derem a sorte de serem representados por defensores públicos competentes, sendo que esta última hipótese se torna cada vez mais rara, vez que um defensor fica responsável por milhares de processos de milhares de réus, o que dificulta, e muito, a possibilidade de ser dada a devida atenção a cada caso.

Em um país onde as informações e as “*fake news*” circulam na velocidade da luz, não é tão difícil compreender o porquê tanto se fala em impunidade penal.

Mesmo com quase 3% da população brasileira total atrás das grades, grande parcela da opinião pública realmente acredita viver no país da impunidade.

Mas então quem sai impune?

<http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>

Acesso em 28/07/2018

Em países com tradições escravocratas, além de falhas estruturais em sua formação, decorrentes de colonização e desigualdade social, a tendência social é a estigmatização de certas populações como o retrato falado do preso.

Se olharmos para o Brasil, o resultado não é diferente: 64% da população prisional são compostos por pessoas negras, sendo que 55% têm entre 18 e 29 anos.

Isto significa dizer que o retrato falado do preso remonta a um jovem negro.

Se o sistema penal brasileiro parece impune para alguns, para outros ele é implacável.

Uma vez que 40% dos presos são provisórios, ou seja, não possuem condenação judicial transitada em julgado, ainda que a justiça “tarde”, dentro da sua provisoriedade, ela não falha.

Outro dado relevante diz respeito à escolaridade dos detentos: 75% da população prisional brasileira não chegaram ao ensino médio. Menos de 1% dos presos tem graduação.

Com base nestes dois últimos dados, a duas conclusões se pode chegar. A primeira é que pessoas menos instruídas estão mais suscetíveis ao cometimento de crimes. Já a segunda é que a parcela da população mais instruída não se vê tentada a praticar delitos ou, simplesmente, quando o faz, não é punida com a privação da liberdade, o que reforça a ideia de impunidade presente no senso comum.

O que tais dados denotam é bastante grave. Enquanto o jovem negro e pobre, predominantemente punido por seus crimes, permanece esquecido no cárcere, o adulto, branco e instruído, ganha as primeiras páginas das manchetes de jornais e mídias, justamente porque, apesar de cometer crimes, não se vê privado de sua liberdade.

Este é o punitivismo celetista.

Outro dado alarmante, capaz de explicar o crescimento ininterrupto do número de presos no Brasil, é o número de condenados em segunda instância que tiveram sua prisão provisória decretada.

Conforme informações oficiais divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões⁸ de agosto de 2018, quase 25% dos presos, ou seja, quase ¼ da população carcerária, são compostos por presos condenados, mas em execução provisória.

Um fator determinante no encarceramento dessa significativa parcela de condenados em segunda instância é a decisão do Supremo Tribunal Federal que relativizou a presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.

Em outubro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento que o artigo 283 do Código de Processo Penal não tem o condão de impedir o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44⁹.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, requeriam concessão de medida cautelar visando a suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos proferidos em segunda instância.

Alegavam ainda que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro de 2016, no qual o STF havia entendido pela possibilidade de execução provisória de pena após condenação em segunda instância, gerou à época grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, posto que, mesmo sem força vinculante, diversos tribunais pátrios “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP¹⁰”.

Para o decano do STF Celso de Mello, que acompanhou o voto do relator, ao defender a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental de ser considerado inocente até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, a presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e prevaleceu ao longo da história nas sociedades

⁸ BNMP 2.0/CNJ. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>

⁹ “STF admite execução da pena após condenação em segunda instância”. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>

¹⁰ Trecho do Habeas Corpus (HC) 126292 do STF.

civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Ainda, argumentou que a posição da maioria da Corte no sentido de rever sua jurisprudência fixada em 2009 “reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais¹¹”.

Em contraponto, o Ministro Roberto Barroso pugnou pela legitimidade da execução provisória após a condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado, o que, segundo ele, seria um meio eficaz para garantir a aplicação do direito penal e os bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a presunção de inocência, apesar de ser princípio, não é regra, e pode, nesta condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura.

“A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”¹², afirmou. “A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”¹³.

Barroso contextualizou a discussão citando exemplos para demonstrar que o entendimento anterior do STF sobre a matéria não era garantista, “mas grosseiramente injusto”¹⁴, e produziu consequências “extremamente negativas e constatáveis a olho nu”. Entre elas, incentivou à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuou a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça – o que, a seu ver, contribui para aumentar a criminalidade.

Como dito pelo próprio Ministro Barroso na sessão de julgamento do HC 126.292, são os mais pobres que geralmente permanecem presos desde o início do

¹¹ Trecho do Voto do Min. Celso de Mello no julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292 do STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>

¹² “STF admite execução da pena após condenação em segunda instância”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>

¹³ “STF admite execução da pena após condenação em segunda instância”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>

¹⁴ “STF admite execução da pena após condenação em segunda instância”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>

processo, enquanto os ricos não. Com a mudança da jurisprudência, ao que parece, todo mundo permaneceria preso, mesmo sem condenação final.

Quase dois anos após o julgamento, essa ainda não parece ser a realidade esperada.

Apesar de elogiada por diversos setores formadores da opinião pública – o problema é não haver na lei ou na Constituição (limite inafastável e inderrogável de qualquer atividade do Estado, em especial do judiciário, garantidor da efetividade das leis), mas tão só em juízos pessoais de valor ou desejos cegos de punição, mesmo que para tanto sejam afastadas todas as garantias fundamentais do cidadão.

No final do dia, o que se conclui é que, apesar de aclamada pela opinião pública, um dos principais efeitos da decisão do Supremo foi a contribuição para o aumento da população prisional, sem que a estrutura carcerária das abarrotadas penitenciárias distribuídas pelo país fosse preparada para comportar essa mudança.

Com o aumento da população carcerária e a omissão do Estado dentro dos presídios, abre-se a porta para o crescimento de outro problema: o aumento dos contingentes das facções criminosas.

Segundo o Ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann “a ausência do Estado leva a esse tipo de problema” com facções “recrutando” novos presos.

Ainda segundo Jungmann, o sistema prisional deveria atuar como um “subsistema” de Justiça e servir para ressocialização, mas, em nível federal, “é o home office” do crime organizado. “A primeira coisa [a fazer] é o Estado recuperar o controle. Como o Estado não consegue garantir a vida do preso, quem vai garantir são as facções. Quem foi para lá por furto, por exemplo, tem que fazer juramento a facções, e isso vale dentro e fora do presídio. Então a ausência do Estado é que leva a esse tipo de problema”, disse em entrevista à Rádio Jovem Pan¹⁵.

“Essa é minha nêmesis, o que me tira o sono”, completou o ministro. “Você tem dois sistemas penitenciários, um é federal. Neste não tem celular, não tem nenhum tipo de problema, mas nas 1,3 mil unidades prisionais dos Estados a situação não é

¹⁵“Controle de presídios por facções é resultado da ausência do Estado, admite Jungmann”.

Disponível em:

<https://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/controle-de-presidios-por-faccoes-e-resultado-da-ausencia-do-estado-admite-jungmann.html>

a mesma. Temos situação muitíssimo grave. Brasil tem 70 facções de base prisional, elas surgem, crescem e controlam o sistema prisional”, explicou.

Como possível forma de conter e controlar a situação, Jungmann apresentou quatro pontos, o primeiro deles seria a criação do Sistema Único de Segurança, que permite a integração de operações no plano federal e estadual. “É preciso que se entenda que o Governo federal não tem poderes para interferir no sistema prisional dos Estados. O sistema vai nos possibilitar trabalhar em conjunto com Estados”, completou.

O segundo ponto seria um projeto de lei já em trâmite no Congresso, de autoria de Alexandre de Moraes¹⁶, que institui o parlatório dentro do sistema prisional. “Brasil tem a jabuticaba que é a visita íntima e social. Extinguir isso e colocar um parlatório gravando tudo”, explicou o ministro.

O terceiro ponto para solucionar a crise seria colocar, pelo período de um ano, os chefes de facções criminosas em presídios de segurança máxima.

Ampliar as atividades laborais dentro e fora dos presídios é o último ponto apresentado pelo ministro. “Se presidiário chega lá dentro, não tem segurança e precisa de facção, se ele não gera renda e não tem trabalho, mais ainda fica na mão de facções. Acabamos de criar, por decreto, a política de trabalho para presos e egressos”.

Além dos pontos apresentados, Jungmann defendeu a ampliação do sistema prisional.

Diante de tais propostas, o que resta é aguardar, de forma cética e pragmática, para se formular conclusões em termos de efetividade das medidas.

3. DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (“ADPF”) 347/DF

3.1. Os fatos e pedidos arrolados na propositura da ação

A situação precária do sistema penitenciário brasileiro, retratada no tópico acima, foi a razão da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

¹⁶ “Encabeçada por Moraes, proposta contra crime organizado divide especialistas”. Disponível em:

<<https://www.jota.info/legislativo/crime-organizado-pl-moraes-11052018>>

em comento, autuada em 28 de maio de 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, na qual requereu, pela primeira vez no cenário jurídico brasileiro, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

O PSOL expôs o que não é novidade para a população brasileira: a sistemática violação dos direitos fundamentais dos presidiários do país, diante das ações e omissões dos entes federativos da República, incluídos os de natureza legislativa, judicial e administrativa.

Destacou que, à época da ação, o Brasil possuía a quarta maior população carcerária do mundo (posicionada após os Estados Unidos, a China e a Rússia), passando de noventa mil presos em 1990 para quinhentos e sessenta e três mil presos em maio de 2014, cuja majoração ultrapassou o percentual de 600%, isto sem contar os cento e quarenta e sete mil presos em regime domiciliar.

Ademais, o autor da ação vislumbrou minuciosamente a condição degradante do sistema carcerário, destacando situações como: celas superlotadas, imundas e insalubres; proliferação de doenças infectocontagiosas; comida intragável; temperaturas extremas; falta de água potável e de produtos higiênicos básicos; homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado; ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho; o sofrimento das mulheres encarceradas ante a ausência de estabelecimento próprio e adequado, com berçários, locais destinados à gestante e à parturiente ou creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos; a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas, não sendo assegurado o acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém-nascido, bem como a carência de ginecologistas e de fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene; a exposição dos homossexuais a abusos sexuais, inclusive a servidão, contraindo doenças sexualmente transmissíveis.

O quadro acima é causado, principalmente, (i) pela superlotação das penitenciárias, oriunda da incompatibilidade entre o número de vagas criado pelos órgãos administrativos e o tamanho real da população carcerária; (ii) pelo contingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, o qual

será abordado em outro tópico do presente artigo; (iii) pela dominação dos presídios por facções criminosas; e (iv) pela ausência de políticas públicas voltadas ao sistema carcerário.

Destaca-se que, ante a superlotação dos presídios, é comum se verificar a “mistura” de presos com graus diferentes de periculosidade, inclusive com presos que já cumpriram a pena e continuam encarcerados, de modo a restar afastada a ideologia de ressocialização, contribuindo, assim, para a reincidência no crime, em razão da transformação dos presídios em verdadeiras “escolas do crime”.

Dessa maneira, o PSOL sustenta que o cenário implica a violação de diversos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça; bem como a inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, quais sejam: 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.

Tendo em vista sanar as graves lesões aos direitos fundamentais, o PSOL postulou o deferimento de liminar para que seja determinado:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou 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 implemento 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) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;

f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;

g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar 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 pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;

h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

E no mérito, além da concessão das medidas cautelares, requereu que:

a) haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro;

b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à

superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro;

c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, 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 tocante 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 gênero, 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, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT;

d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas;

e) o plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas;

f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para

a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma;

h) sejam submetidos 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, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo;

i) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

j) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, 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.

3.2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

Em 9 de setembro de 2015, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) analisou os oito pedidos, descritos acima, da medida cautelar proposta na inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Distrito Federal, julgando-a parcialmente procedente, conforme abordaremos a seguir.

Nesta sessão de julgamento, os Ministros indeferiram por maioria (i) as alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski; (ii) a alínea “e”, vencido o Ministro Gilmar Mendes; (iii) a

alínea “g”, vencidos os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello; e (iv) por unanimidade, a alínea “f”, todas descritas acima.

Dessa forma, apenas deferiram as alíneas (i) “b”, determinando aos juízes ou tribunais que 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, a teor dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; e (ii) “h”, determinando a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, pela União, para a sua efetiva utilização. Por fim, deferiram a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso no que tange à determinação por meio de ofício de que a União e os Estados, especialmente o Estado de São Paulo, encaminhem informações sobre a situação do sistema penitenciário para o Supremo Tribunal Federal.

Confira-se a ementa do acórdão em comento:

“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.”¹⁷

Ainda que tenha sido julgada apenas a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, pela primeira vez no Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional no que concerne ao sistema penitenciário nacional.

3.3. Uma leitura crítica da decisão e suas possíveis omissões

Embora a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Distrito Federal ainda esteja em trâmite e o julgamento do mérito ainda não tenha sido realizado, já é possível analisar o resultado da decisão, “forte” na inovação na solução de conflito, haja vista ser a primeira vez que se reconhece o estado de coisas inconstitucional no país, porém “fraca” na prática, visto que não alterou o cenário drástico do sistema prisional brasileiro.

Prestes a completar o terceiro aniversário do julgamento da medida cautelar concedida na ADPF em comento, o Supremo Tribunal Federal ainda não entendeu a importância de se julgar o mérito desta ação, a qual deveria ser prioridade de pauta, diante do cenário catastrófico encontrado nas penitenciárias brasileiras.

A conclusão a que se pode chegar, principalmente após as recentes rebeliões ocorridas nas penitenciárias do país, é que a decisão ainda não surtiu efeitos positivos na prática, haja vista que as graves e generalizadas violações de direitos fundamentais continuam ocorrendo de forma notória.

Isto porque o Supremo Tribunal Federal não seguiu o caso de sucesso da Corte Constitucional da Colômbia com relação ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, qual seja: a *Sentencia* T-025 de 2004.

Se, por um lado, o sucesso do caso colombiano se deu em razão da participação ampla da sociedade, combinada com a atuação dos órgãos estatais e, principalmente, com a fiscalização contínua da Corte; por outro lado, o STF preferiu seguir a sua ideologia mandatária e monológica, fomentando, ainda mais, a crítica relativa ao ativismo judicial.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 18/07/2018.

Fica claro que um problema social dessa magnitude necessita de políticas públicas eficientes para ser solucionado e estas precisam de um suporte institucional e social de fato para atingir sua efetividade, o que ocorreu de maneira relevante no caso dos deslocados da Colômbia.

Importante destacar que o monitoramento da implementação das ordens proferidas, considerado essencial para o sucesso de uma decisão de estado de coisas inconstitucional, inclusive, foi um dos pedidos arrolados no mérito da inicial da ADPF em questão, a qual cumpre-nos transcrever: “**j**) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, 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.” Nesse sentido, fica evidente a necessidade de análise do mérito da ADPF, com o intuito de elaborar um plano de ação capaz de solucionar o problema social em questão.

Além disso, verifica-se que o PSOL, autor da demanda, adotou teses compatíveis com o histórico de sucesso da Corte colombiana, arrolando exaustivos pedidos razoavelmente similares às medidas adotadas pela Corte Constitucional da Colômbia nos casos: *Sentencia* SU-559 de 1997 e *Sentencia* T-025 de 2004.

Ocorre que o STF resolveu adotar uma postura tímida, ainda que na esfera cautelar, no julgamento de um assunto tão delicado, deixando de deferir teses importantes da medida cautelar, tais como: (i) da alínea “a”, referente à fundamentação dos juízes nas determinações de prisões provisórias na impossibilidade de adoção de outras medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, cujo assunto decorre da própria Constituição Federal (art. 5º, inciso LXI) e da sistemática do Código de Processo Penal brasileiro; (ii) da alínea “c”, relativa à observância, pelos juízes, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e (iii) da alínea “g”, referente à coordenação de mutirão carcerário, pelo Conselho Nacional de Justiça, com o intuito de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade.

Portanto, considerando o atual cenário caótico e grave do sistema penitenciário brasileiro, torna-se cada vez mais necessário o julgamento do mérito da ADPF em comento, mas, desta vez, seguindo o “case de sucesso” da Colômbia (caso da população deslocada), especialmente no que tange ao monitoramento da implementação das medidas pela Corte e a participação social na elaboração de planos de ação.

4. DAS MEDIDAS PROPOSTAS PELO STF NA DECISÃO LIMINAR

4.1. Proibição do contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen)

Criado em 1994, o Funpen (Lei Complementar 79/1994) destina recursos para a gestão do sistema prisional. Ademais, financia atividades de manutenção, como reformas, ampliação de estabelecimentos e aperfeiçoamento do serviço.

Apesar de passados 20 anos desde sua criação, os repasses de recursos que custeiam o fundo ainda enfrentam obstáculos.

Os estados recebem os recursos do Funpen por meio de convênios com a União. Levantamento divulgado em 2017 pela Ong Contas Abertas¹⁸ apontou que o fundo, administrado pelo Ministério da Justiça, contava com R\$ 2,4 bilhões em recursos disponíveis.

Em 2015, decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 obrigou o Executivo a liberar o saldo acumulado do Funpen e proibiu novos contingenciamentos.

Um dos problemas para apontados por Jefferson de Almeida, diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional – Depen, de Outubro a Dezembro de 2017, é todo um processo licitatório a ser observado pelos estados, que pode atrasar a

¹⁸ “Senado aprova projeto que veda contingenciamento de recursos do Funpen.” Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/27/senado-aprova-projeto-que-veda-contingenciamento-de-recursos-do-funpen>>

execução dos recursos, além de os estados reclamaram da rigidez das normas de arquitetura penal, para aprovação dos projetos e construção das unidades¹⁹.

Como consequência da decisão do Supremo e pelo fato de a segurança pública ter se tornado uma das principais pautas eleitorais, o Senado aprovou, em 27/02/2018, o PLS 25/2014 - Complementar²⁰, que agora segue para análise da Câmara dos Deputados.

4.2. Audiência de custódia

Trata-se de instrumento processual que determina que todo preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

Sua previsão legal advém de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Com efeito, o artigo 7.5 do Pacto de São Jose da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos reza:

"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."

No mesmo sentido, é o artigo 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York.

É um direito do preso, mas, em verdade, no Brasil, o primeiro contato entre juiz e preso normalmente ocorria na audiência de instrução e julgamento, que, não raro, pode levar meses para ser designada.

¹⁹ "Governo prorroga prazo para estados investirem recursos do fundo penitenciário." Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2017-12/governo-prorroga-prazo-para-estados-investirem-recursos-do-fundo-penitenciario>>

²⁰ Projeto de Lei do Senado nº 25, de 2014 (complementar) - AGENDA BRASIL 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116074>>

Em fevereiro de 2015, o CNJ lançou um projeto para garantir a realização da audiência de custódia, e um ano depois, em 01/02/2016, entrou em vigor uma resolução que regulamenta tais audiências no Poder Judiciário. A resolução estipulou prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor, para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais se adequassem ao procedimento.

Paralelamente, em 09/09/2015, o Supremo Tribunal Federal, ao conceder parcialmente medida cautelar solicitada na ADPF 347, determinou aos 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.

Ainda sim, mesmo quando realizadas, ainda existem óbices à efetivação das audiências. Pesquisa²¹ realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública a pedido do CNJ identificou diversas deficiências e desafios relacionados à prática das audiências de custódia em seis estados – Distrito Federal, Paraíba, Rio Grande do Sul, Tocantins, Santa Catarina e São Paulo -, como o uso excessivo e não justificado de algemas; a presença de policiais em número considerável nas audiências, o que torna o ambiente hostil à realização de denúncias; o fato de que em quase um terço dos casos os juízes não tenham perguntado aos acusados sobre eventuais agressões sofridas; a precária comunicação entre presos e defensores; a falta de explicações ao preso sobre a finalidade da audiência e seus direitos; a consideração de antecedentes criminais mesmo sem trânsito em julgado; e a realização de perguntas sobre o mérito dos fatos que levaram à prisão, o que, na prática, transforma as audiências de custódia “em mais uma etapa do processo penal”.²²

²¹ “Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra”. Sumário Executivo. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/01/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_Audiencia_Custodia_2017_Sumario.pdf>

²² “Audiências de custódia e direitos fundamentais.” Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/sou-da-paz/audiencias-de-custodia-e-direitos-fundamentais-21022018>>

O levantamento também demonstra que pessoas que cometeram crimes sem violência têm sido mantidas presas frequentemente, uma vez que seis entre dez detidos por tráfico tiveram suas prisões em flagrante convertidas em preventivas²³.

Diante deste cenário, vem à tona uma importante reflexão acerca do papel do Judiciário na sequência de decisões e entendimentos que aumentam ou diminuem o número de indivíduos no cárcere: contenção do poder punitivo ou manutenção do *status quo*?

Ainda que não se queira dizer como devem decidir os juízes ou quais os critérios a serem adotados (dentro da margem legal) – deve-se frisar que a diretrizes do CNJ fixadas em resolução²⁴ estão sendo ignoradas durante as audiências.

Assim, ao refletirmos sobre a responsabilidade do Estado em relação ao atual estado de coisas inconstitucional, devemos nos voltar para como sua atuação pode e deve ser garantidora de direitos, ou, ao contrário, pode ser a principal causa no aprofundamento de uma das mais graves crises de direitos humanos do país – o falido e inumano sistema prisional.

BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3>. Acesso em: 12/07/2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?** Revista Consultor Jurídico, 15 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 12/07/2018.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, v. 49, n. 16, p.79-111, jun. 2017.

²³ Dados Estatísticos / Mapa de Implantação (Audiência de Custódia). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>

²⁴ Resolução nº 213 de 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Revista Consultor Jurídico, 24 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 12/07/2018.