

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS AND THE OVERCROWDING OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

Renata Miranda Lima¹

Samantha Ribeiro Meyer Pflug²

Resumo: O presente estudo se debruça sobre o sistema penitenciário Brasileiro e as técnicas de decisão aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal - STF. A finalidade é discutir as complexidades que se colocam à atividade judicial no Direito Penal, tendo como recorte a Ação de descumprimento de preceito fundamental - ADFP 347. Nesse sentido, é feita uma análise crítica a respeito do posicionamento adotado pelo STF, como guardião da Constituição, bem como os limites da sua atuação e os desafios para a concretização dos Direitos Fundamentais. Por fim, é objeto de discussão, a observância do arranjo previsto constitucionalmente no que diz respeito a separação de poderes.

Palavras-chave: Sistema carcerário brasileiro, Superlotação, estado de coisas inconstitucionais.

Abstract: The present study focuses on the Brazilian prison system and the decision techniques applied by the Federal Supreme Court (STF). The purpose is, to discuss the complexities of judicial activity in the Criminal Law, as a cut-off to the Action of noncompliance with fundamental precept - ADPF 347. A critical analysis is made of the position adopted by the STF, as guardian of the Constitution, as well as such as the limits of its performance and the challenges to the realization of Fundamental Rights. Finally, it is discussed, the observance of the constitutionally foreseen arrangement with regard to the separation of powers.

¹ Mestranda pela Universidade Nove de Julho em Direito (2018). Pós-Graduada pela Universidade Castilla La Mancha - UCLM em negociação, conciliação e mediação em resolução de conflitos (2018). Pós-Graduada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM em parceria com o Instituto Ius Gentium Conimbrigae (IGC) Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Direitos Fundamentais Internacionais (2017). Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE (2016).

² Atualmente é professora de graduação e mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Keywords: Brazilian prison system. Overcrowding. Unconstitutional state of affairs.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Atuação dos Tribunais e a construção da figura do estado de coisas inconstitucionais. 1.1 Análise da ADPF 347 sob os aspectos fático/jurídico. 2. Análise da ADPF 347 sob os aspectos fático/jurídico. Conclusão.

INTRODUÇÃO

É centro das discussões, tanto no campo acadêmico como político, o estado de superlotação do sistema carcerário Brasileiro, que a cada ano insere mais pessoas. Tal situação é corroborada por dados do INFOPEN ao informar que em 1990 o número de pessoas privadas de liberdade correspondia a 90.000 (noventa mil). Em 2000 o número foi para 232.800 (duzentos e trinta e dois mil e oitocentos). Em 2010 ocorreu o aumento de quase o triplo da população com 496,300 mil em cárcere. Passados apenas quatro anos, ou seja, em 2014 o Brasil continha uma população prisional de 622.202 ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Em complementação aos dados, até junho de 2016 o Brasil contava com uma população cerceada de liberdade em 726.712 pessoas (INFOPEN, 2016, p. 19).

Os dados supramencionados trouxeram à tona a necessidade de debater sobre o sistema carcerário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao estado de superlotação e o déficit de vagas. Um dos debates gira em torno dos reflexos que o estado de superlotação acarreta, dentre elas a violação a direitos da população encarcerada e os prejuízos sociais. Tal reflexão tem fomentado um novo pensar, principalmente do judiciário que deve dizer o direito.

Dizer o direito, a questões referentes ao sistema carcerário brasileiro, exige criatividade e por isso tal situação tem fomentado o desenvolvimento de novas formas de decidir quando a situação é posta ao judiciário. Nesse sentido, o presente estudo, objetiva compreender a situação concreta de pessoas encarceradas e o sistema prisional Brasileiro, as construções jurídicas decorrentes da Ação de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 347 e por fim, as aplicações teóricas adotadas na decisão em análise.

1. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS E A CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

O pano de fundo que deu ensejo a construção da figura do estado de coisas inconstitucionais, nos países da América Latina, encontra explicação no século XX, no qual,

esses países viveram experiências de ditaduras rigorosas e posteriormente, ensejaram movimentos que buscavam a restauração da democracia. A questão é que essa reconstrução se realizou através da “[...] redireção do constitucionalismo político à reestruturação dos requisitos jurídicos e políticos, abrindo amplo espaço para o reconhecimento de Direitos e construção de grandes expectativas sobre o futuro dessas democracias” (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p. 482).

Posteriormente vem o século XXI o qual tem sido uma experiência de frustração para esses países, principalmente no que diz respeito a concretização daquele futuro esperado. Como resposta a tal frustração, tem ocorrido a colonização dos discursos e práticas judiciais orientados por teorias que legitimam o Direito como mecanismo de transformação social. Nesse sentido, a atuação dos tribunais constitucionais vem atravessando da política para o Direito, esperando que através do Direito se operacionalize uma transformação social. Tal momento na história do Direito, em razão desse contexto, tem experimentado uma inflação do protagonismo do judiciário que se manifesta na forma de ativismo judicial.

A partir desse cenário jurídico, o quadro fático de violação de direitos no sistema carcerário brasileiro foi levado ao STF com a expectativa de que uma ação fosse tomada em relação ao estado das penitenciárias brasileiras. Tal ação foi instrumentalizada por meio da ADPF 347³ ensejando a qualificação do sistema prisional como estado de coisas inconstitucionais. Essa qualificação/adjetivação traz consequências jurídicas que impõe ao judiciário a tomada de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

No que diz respeito a definição da figura do Estado de coisas inconstitucionais, segundo a autora Lyons:

- (i) “La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas”. (LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2011, p. 71).

Insta salientar, que a origem deste instrumento jurídico foi cunhada no fim do século XX em decisões da corte da Colômbia, na sentença de unificación SU 559 (Colombia SU 559,

³ Proposta em 2015 pelo Partido Político Psol, representado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ a qual culminou no reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário Brasileiro (ADPF MC/DF, 2015).

1997). Nesta ação se discutia a distribuição especial de educadores e recursos orçamentários relativo a educação. A sentença não declarou a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos, mas sim, o estado de coisas inconstitucionais que violava a Constituição. A partir de tal posição, a Corte se auto outorgou o dever de colaborar com os demais poderes e órgãos do Estado para a realização dos fins que propõe a constituição colombiana, assim como, o de comunicar as autoridades competentes o estado de violação.

A partir do exposto, observa-se que o Tribunal responsável pela guarda da Constituição, tomou uma decisão não necessariamente baseada no binômio constitucional/inconstitucional da lei ou ato normativo. Nesse aspecto, o estado de coisas inconstitucionais se assemelha as sentenças ou decisões intermediárias, pois o Tribunal decide lançar mão a um mecanismo diferente dos tradicionalmente previstos na Constituição (OMMATI, 2016, p. 59). Mas é preciso tecer algumas diferenciações no que diz respeito a declaração do estado de coisas inconstitucionais e as sentenças aditivas, pois enquanto a decisão aditiva nasce em razão de omissão legislativa, que força a Corte a proceder o controle de constitucionalidade no que diz respeito as omissões, (REVORIO, 2001, p. 81) a declaração do estado de coisas inconstitucionais “[...] se puede definir como un juicio empírico de la realidad, que determina un incumplimiento reiterado y sistemático de la norma constitucional, de tal magnitud, que hace con que la Carta Política quede sin efecto en la praxis” (UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, 2018. p 2).

A partir de tal definição, observa-se que a ação que declara o estado de coisas inconstitucionais, para além da concretização dos anseios da carta política, também pretende evitar o excesso do pedido de tutelas, uma vez que se trata de uma situação de fato que viola um número generalizado de pessoas. Portanto, “[...] la declaratoria de estado de cosas inconstitucional pretende garantizar el principio de economía procesal, que consiste en lo siguiente: en el desarrollo del procedimiento se buscará obtener siempre el máximo beneficio, con el menor desgaste del órgano jurisdiccional” (RAMÍREZ, 2010, p. 21).

Nesse sentido, pode se definir que o estado de coisas inconstitucionais é um conjunto de atos, ações e omissões provenientes dos poderes públicos que dão espaço a uma violação massiva de Direitos Fundamentais. Portanto, a atividade da Corte ao declarar o estado de coisas inconstitucionais, acaba por se manifestar para além de uma sentença aditiva ou criativa se materializando como uma atividade judiciária ativista, pois se afasta dos mecanismos jurídicos de declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade criados tradicionalmente.

A vista disso, estudos alertam o perigo do manuseio de instrumentos criados pelo próprio judiciário, principalmente em contexto de Neoconstitucionalismo e ativismo judicial.

Estes apontam que declarar o estado de coisas inconstitucionais, nada mais representa do que a invasão pelo judiciário (direito) sobre as competências do legislativo (política), ou melhor, há um cancelamento da diferenciação entre direito/política. Também é apontado que o mecanismo do controle realizado se distingue muito do controle de constitucionalidade da tradição do pensamento jurídico, uma vez que este não se dirige à qualificação jurídica de leis ou normas como inconstitucionais, mas à *estados de fato* (VASCONCELOS, 2018, p. 289-290).

Ressaltam também, o perigo da abrangência e abstração do conceito e requisitos para manuseio de tal instrumento, o que inviabiliza avistar limites podendo, inclusive, ensejar ações arbitrárias, principalmente em um país presidencialista em que “[...] os poderes Executivo e

Legislativo vivem às turras e as tensões que tornam o Judiciário cada dia mais forte [...]” (STRECK, 2015). Nos dizeres do professor Lênio Streck, o estado de coisas inconstitucionais é o auge do ativismo judicial e tal instituto é inviável de ser pensado na prática, principalmente no Brasil, pois se levado a sério o país Brasil seria declarado inconstitucional em razão da dissonância do que ele se propõe ser, a partir da constituição, para o que ele é (STRECK, 2015).

Em contrapartida, há os que sustentam, que esse argumento é um argumento espantoso, que distorce a visão real sobre o que é o estado de coisas inconstitucionais, seus pressupostos e implicações. A vista disso, com base na jurisprudência desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a doutrina tem apontado sinteticamente, como sendo três os pressupostos necessários para a caracterização do estado de coisas inconstitucionais:

- (ii) um quadro de violação generalizada, contínua e sistêmica de direitos fundamentais que afeta um número significativo de pessoas;
- (iii) a prolongada omissão, inércia e/ou incapacidade persistente e reiterada das autoridades públicas em modificar a conjuntura das violações perpetradas para a garantia dos direitos consagrados;
- (iii) um conjunto de transgressões inconstitucionais (e inconventionais) que exigem a atuação não apenas de um único órgão, mas de uma pluralidade de autoridades (“transformações estruturais”), das quais se requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações (COLÔMBIA. ST-025, 2004).

Deste modo, não será qualquer violação de Direitos que justificará o manejo da técnica, mas, apenas aquela que de forma objetiva se manifestar generalizada, sistemática, estiver relacionada com um estado permanente de inércia Estatal e em flagrante incapacidade institucional que aprofunde ou enseje violação generalizada de Direitos, pois, o manejo de tal instituto, pressupõe a ausência de políticas e programas públicos minimamente capazes de superar, gradativamente, o quadro de violação endêmica de Direitos Humanos (CAMPOS, 2015).

Estes ressaltam que a Constituição tem a pretensão de eficácia social e de imprimir ordem e conformação a realidade, por isso se diz que ela exerce uma função transformadora na sociedade (HESSE, 1991, p. 15) que, no entanto, é frustrada pela omissão dos entes. Por tais razões, defendem que cabe a doutrina e a jurisprudência o dever de buscar mecanismos que controlem e superem as omissões dos outros poderes, o que pode resultar na necessidade de reanalisar dos instrumentos já previstos na Constituição, bem como, na necessidade de extração, do próprio ordenamento jurídico, de novas possibilidades para realização desse controle (SOUZA, 2013, p. 102).

2. ANÁLISE DA ADPF 347 SOB OS ASPECTOS FÁTICO/JURÍDICO

Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara.

(Saramago. Ensaio a cegueira).

Esta frase foi escrita pelo autor português José Saramago e publicada na contracapa do livro Ensaio sobre a Cegueira, em 1995. O interesse da citação é chamar atenção quanto à impossibilidade das pessoas de reparar e apreciar a real essência das coisas como são. O livro no qual consta a seguinte citação, retrata o desmoronar completo da sociedade causado pela cegueira branca que aos poucos assolou o mundo.

A partir dessa ilustração, no caso em estudo, a cegueira que acomete o Estado atual é causada pela busca incessante por valores de justiça e equidade. Para tanto, juízes trabalham em cearas que não lhe foram atribuídas fechando os olhos para o Estado de Direito e constroem argumentos que são verdadeiras zonas de fumaça, pois não encontram respaldo jurídico, são abertas, arbitrárias, cujos fundamentos justificariam tanto o sim como o não. Esse é o contexto de crise que acomete o Estado moderno. Nesse sentido passa-se ao estudo da ADPF 347 com a finalidade de reparar o que de fato acontece.

Inicialmente, se volta a atenção à inquietação que está no centro do pedido constante na ADPF 347, que dentre as várias, há a situação fática de que pessoas vivem em condição desumana em estado de superlotação. Tal situação é corroborada em dados ao informar que até junho de 2016 o Brasil contava com uma população cerceada de liberdade em 726.712 pessoas (INFOPEN, 2016, p. 19) e com um total de 1.418 unidades prisionais, as quais formam 367.217 de vagas (INFOPEN, 2016, p. 20). Portanto, se a população carcerária corresponde a 726,712 pessoas, o déficit de vagas em 2016 é de 359.058 (INFOPEN, 2016, p. 21).

Salienta-se que o estado de superlotação das prisões é acompanhado de celas imundas e insalubres que acarretam a proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e falta de produtos higiênicos básicos. Por tais razões as prisões brasileiras foram equiparadas a infernos na ADPF 347 com a célebre frase escrita no portão do Inferno da Divina Comédia de Dante Alighieri “[...] Abandonai toda a esperança, vós que entrais [...]”. Aqui o abandonar a esperança se dá em razão da reflexão sobre o que se pode esperar desse cenário (PETIÇÃO INICIAL DA ADPF 347, p. 2).

Ressalta-se que esse quadro de violação de direitos no sistema carcerário brasileiro faz com que a pessoa sentenciada acabe por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, e que a própria constituição repudia (RELATÓRIO DA CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 172) pois segundo artigo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à **igualdade**, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes [...]”: III – “[...] ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante [...]”. Reforça tal argumento, os incisos do mesmo artigo:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte⁴, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado⁵;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁴ A taxa de mortalidade no cárcere em 2016 é de 10 % para os casos de mortes criminais e naturais. Apesar de não ser essa a pena diretamente aplicada pelo Estado, a morte é decorrência do estar a pessoa sobre a custódia deste, pois por sua omissão viabilizou que a pessoa fosse morta ou a essa sobreviesse a morte, em razão do estado de insalubridade somado a precariedade do acesso a saúde à população carcerária (INFOPEN, 2016. p. 52).

⁵ Em 2007 garota com 15 anos passou 26 dias presa com 30 homens no Paraná na cadeia de Abaetetuba. Folha de São Paulo, 2016. Jeferson Bertolini. Disponível no site: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1828880-garota-que-ficou-presa-com-30-homens-no-para-leva-vida-desprotegida.shtml>>. Acessado em 25/04/2018.

Ressalta-se também que em levantamento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) aponta que 68% entre as 1.598 unidades prisionais do país não separavam os detentos conforme a natureza do delito cometido, como determina a Constituição. Além de unirem, em uma mesma cela, autores de crimes de grande periculosidade com outros de menor gravidade, em 77% dos estabelecimentos, presos primários conviviam com reincidentes. No mesmo período, foram registrados 121 rebeliões e 110 homicídios na cadeia. As visitas ocorreram entre fevereiro de 2012 e março deste ano. O globo. Presídios descumprem lei e não separam detentos por tipo de delito. Karine Rodrigues, 2013. Disponível no site: <<https://oglobo.globo.com/brasil/presidios-descumprem-lei-nao-separam-detentos-por-tipo-de-delito-10347874>>. Acessado em 25/04/2019

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação⁶;

O conjunto de informações tecidas acima, tenta dimensionar como a situação fática se apresenta dissonante com a constituição, fazendo com que tal questão fosse judicializada e levada ao STF por meio da ADFP 347 proposta em 2015 pelo Partido Político Psol⁷, representado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. A partir desse momento, o presente estudo se volta primeiramente a análise da petição inicial ajuizada pela UERJ e após, o estudo volta a atenção a decisão proferida pelo STF. Assim, iniciando a análise da petição inicial destaca-se que está se direcionou alguns pedidos cautelares, dentre eles:

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 art. 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.**

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.**

⁶ Apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade. Apenas 3% das unidades prisionais do País declararam contar com espaço de creche (INFOMULHERES, 2018, p. 32 e 33).

⁷ Partido político Socialismo e Liberdade (PSOL)

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.

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.

Doravante, em uma primeira análise, a situação do sistema carcerário brasileiro atual aparente ter como causa de suas violações questões políticas, pois diz respeito a um fato resultante da omissão dos poderes, em especial do executivo e legislativo, pois esses são os poderes responsáveis por promover na criação de direitos e promoção de estrutura física concretizando-os, curiosamente observa-se que, dos oito pedidos formulados na cautelar, seis reclamam ações direcionadas para dentro e a partir do próprio poder judiciário, ou seja, as medidas propõem um desencarceramento apontando a necessidade de racionalizar os excessos que ocorrem na fase em que atua os aplicadores do direito.

A partir da análise do pedido cautelar, percebe-se que, 75% desse se dirige ao judiciário. Desse fato, é possível depreender que a ADPF em estudo, não buscava tão somente o reconhecimento do estado físico de violação de Direitos, mas sim a violação na aplicação do próprio direito destas pessoas, no dizer o direito e na prática jurídica.

É preciso observar que viabilizar, meramente, a concretização de condições dignas no cárcere à pessoa, esvazia o princípio da legalidade que é pilar do direito penal, pois, liberar

verbas para construção de mais presídios e promover dignidade dentro do cárcere não deve ser o primeiro passo a ser tomado em um Estado democrático de Direito. O primeiro passo, deve ser observar se todos os 716 mil, realmente precisariam estar presos, para após viabilizar condições de dignidade dentro do cárcere para os que de fato precisam estar presos.

A reflexão trazida acima se deu em razão de se perceber, na decisão cautelar, que a responsabilidade do Poder Judiciário no estado de coisas atuais dos cárceres brasileiros decorre do excesso no uso de prisões provisórias, a qual corresponde a 41% da população carcerária. Segundo pesquisa juntada ao processo, a maioria dos que estão sob prisão provisória alcançam absolvição ou são condenados a penas alternativas. O relator diz que esse fato corrobora a existência do chamado cultura do encarceramento no judiciário brasileiro (ADPF 347, 2015, p. 28).

Voltando-se a atenção do estudo à decisão cautelar proferida pelo STF, está se baseou em dados estatísticos trazidos pelo INFOPEN, questões sociológicas, históricas e indicaram ser a raiz do encarceramento em massa à uma questão estrutural e sistêmica que envolvem os poderes da União. Nesse sentido, o relator ressalta que a responsabilidade pelo estágio ao qual chegou o sistema carcerário não pode ser atribuída a um único Poder, mas sim aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário, pois há problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Assim, a falta de coordenação institucional causou o quadro de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos, o que diariamente continua sendo agravado em razão de ações, omissões e falhas estruturais que decorrem de todos dos três poderes (ADPF 347, 2015, p. 27-28).

Diante desse estado sistêmico de violação de direitos, segundo o relator, o papel do Tribunal é tomar decisões primariamente políticas sem afrontar o princípio democrático e da separação de poderes e nesse sentido continua afirmando que é necessária a superação de bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa que “[...] cabe ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar o debate e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados [...]” (ADPF 347, 2015, p. 31). O Relator ressalta que o déficit na representação das pessoas encarceradas fomenta a inação por parte dos poderes, principalmente do executivo e legislativo em razão da desaprovação da população.

Portanto, diante da impossibilidade de debater o problema do cárcere no campo político, é legítimo ao Supremo Tribunal Federal o papel de coordenar a interação interinstitucional necessária à correção das falhas estruturais que jamais teriam decorrido de um único agente,

órgão ou ente, mas de uma indeterminável multiplicidade de atos (ADPF MC/DF 347. 2015, p. 31-32). Nesse sentido, a decisão do STF toma contornos políticos e envolvimento nesses argumentos, deferiu parcialmente os pedidos cautelares⁸.

Entretanto, a posição do relator não foi seguida integralmente no voto final da Corte a qual, por maioria, deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, determinando 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, também foi deferida para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização e abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. As alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f” foram indeferidas pela maioria e a alínea “g” foi prejudicada (ADPF MC/DF 347. 2015, p. 209 - 210).

Diante do conjunto de pedidos e das decisões que compõe a ADPF 347, o que se extrai, primeiramente dos pedidos feitos é que seis reclamavam medidas direcionadas ao judiciário, o que apenas exigiria da Corte ditar diretrizes para sua própria estrutura. Contudo, desses seis pedidos dirigidos ao judiciário, apenas um foi acolhido, qual seja, o que diz respeito as audiências de custódia. É importante ressaltar, que dois pedidos cautelares são dirigidos a outros poderes e órgãos do Estado e dentre eles a alínea “h” é deferida determinando o descontingenciamento orçamentário para investimentos no setor prisional.

A partir do exposto, o que se observa é que a decisão do STF criou uma fumaça branca ao atender majoritariamente pedidos dirigidos a outros órgãos e poderes externos ao judiciário, apesar de reconhecer que o problema mantém da generalizada ilegalidade que se repete nas operações no sistema do Direito. Nesse sentido, atender majoritariamente pedidos que tem

⁸ Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando:

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 concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

É como voto (ADPF 347, 2015, p. 41-42).

aplicação externa ao judiciário funcionou como manobra argumentativa que dá a aparência de que o problema está no interior da política e muito longe do judiciário, pois a pesquisa demonstra que o argumento é fantasioso (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p.490).

Assim, 75% do pedido cautelar é dirigido ao judiciário e 25% exige que o STF determine a outros órgãos e poderes da União ações para dirimir o estado de inconstitucionalidade. Apesar de a maioria dos pedidos serem dirigidos ao judiciário, apenas 10% desse é atendido pelo STF, enquanto, no que diz respeito aos pedidos dirigidos a outros órgãos, se atende 50% desse.

A partir de tal análise, o que se verifica é a inversão de argumentos, pois o problema se mostra aprofundado no interior da aplicação do direito o que é corroborado nos pedidos da cautelar, dentre eles, o que reclama ao STF a determinação aos juízes que fundamentem quando não aplicarem medidas alternativas a prisão provisória. É importante ressaltar, que esse pedido foi afastado, sob a justificativa de que tal questão já é determinada em lei. Tal posicionamento contradiz argumentos tecidos anteriormente na decisão ao reconhecer presente a cultura do encarceramento no sistema judiciário o que obstaculiza a aplicação da lei, pois tão somente a determinação legal não é capaz de trazer concretude no plano real. (ADPF MC/DF 347. 2015, p. 11).

A cultura do encarceramento é evidenciada no fato de que: a aplicação de pena provisória em excesso ou ilegal não vem sendo corrigida e identificada na via recursal; e apesar das audiências de custódia estarem veiculadas em tratado e pacto do qual o Brasil é signatário, estas não foram regularmente implementadas até então.

Em contrapartida, a mesma Corte decidiu, permeada pela ponderação de princípios e mecanismos da sentença aditiva, ser constitucional a aplicação de prisão sem trânsito em julgado⁹, ressalta-se que isso se deu um ano após ter declarado o estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário. Tal decisão deixa transparecer uma incongruência quanto a posição institucional da Corte.

Por fim com respaldo em todo o exposto, observa-se que, somente juízes podem restringir a liberdade humana. Segundo o art. 5º da Constituição incisos LIV "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal [...]**"; " LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de **sentença penal condenatória[...]**"; "LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por **ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]**", ou seja, somente se encarcera por meio da chancela

⁹ Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)* não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 (STF, 2016).

do judiciário (CRFB, 1988) o qual é alcançado por meio do processo de criminalização, o qual, se inicia com a atividade legislativa, fazendo nascer o crime, após vem a atividade policial e ao final o sistema judiciário e aplicadores do Direito (ZAFFARONI, 2011, p. 69) que legitimam todo processo anterior.

Nesse sentido, o que se percebe é que a superlotação, a tortura a violência é resultado, da história, de crises, das omissões e excessos dos poderes da União, mas em especial, são produzidas no interior das relações jurídicas concretas e observáveis, pois toda vez que não ocorre inspeção judicial no interior das penitenciárias ou não as detecta; é dessa omissão que se permite que o estado de tortura e violência se instale. É de todo decreto de prisão que não atentou a possibilidade de aplicar uma pena alternativa, que se produz o encarceramento sem uma pena definitiva. É de toda vez que se negou a liberdade diante de conhecidas e notórias violação de Direitos que nasce o encarceramento em massa (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p.490).

CONCLUSÃO

Os dados colacionados no decorrer do trabalho, apontam que o problema central no cárcere é o estado de superlotação, pois deste decorre toda ineficiência na concretização de direitos mínimos. A pesquisa demonstra, que a manutenção e aprofundamento de violações nasce daqueles que os chancelam, que fazem uso arbitrário da prisão provisória, que criam argumentos jurídicos, a partir da ponderação de princípios, para legitimar o encarceramento antes do trânsito em julgado o que inclusive está em contrariedade com previsão expressa na constituição.

À vista disso, se extrai, que no Direito da pós modernidade, a Corte constitucional abandonou o modelo de legislador negativo passando a atuar como principal protagonista na produção de efeitos positivos sobre a realidade social. O neoconstitucionalismo foi politizando e transformando o papel dos juízes os quais passaram a ter legitimidade e ser corresponsável, para além do dizer o Direito, fazer construções que não nasce da tradicional atuação que recaia ao judiciário.

Por fim, foi possível depreender, que o instrumento jurídico criado ‘estado de coisas inconstitucionais’ foi usado no caso em tela como desvio argumentativo, uma vez que, as organizações do Direito são as primeiras a produzir o estado de inconstitucionalidade e apesar do exposto, poucas ações foram dirigidas à atender essa questão, que inclusive não exigiria qualquer atividade ativista, pois apenas demandaria ações voltas a sua própria estrutura. Com

fundamento no exposto, a decisão do STF demonstra que em tempos de neoconstitucionalismo os desvios argumentativos encontram subterfúgio que são capazes de esconder a real raiz do problema por meio do emprego de armadilhas argumentativas, o que se percebe no caso em estudo.

Em continuação ressalta-se que, o STF apontou que o Estado de coisas inconstitucionais decorre de construções históricas, sociológicas e políticas, bem como de ações e não ações dos três poderes. Contudo, apesar deste ter detectado o excesso de prisões provisórias aplicadas pelo judiciário, o STF designou vários encaminhamentos aos outros poderes e apenas determinou a implementação das audiências de custódia ao judiciário.

Apesar da importância da medida determinada, no que diz respeito as audiências de custódia, o presente estudo nos permitiu concluir que, o estado de coisas inconstitucionais nasce do estado de superlotação. E a existência do estado de superlotação nos cárceres Brasileiros se mantêm em razão da aplicação do direito, do dizer o direito dessas pessoas e não em razão da ausência de instrumentos que proporcionem penas alternativas a prisão.

Por tais razões, ainda que haja maiores investimentos e criação, pelo legislativo, de leis com medidas alternativas ao encarceramento, se o judiciário mantiver a aplicação de excessos nas prisões, manter-se-á o “*status quo*”, ou seja, ainda que os outros poderes busquem diminuir o estado de inconstitucionalidade é necessário que o protagonista em legitimar o estado de encarceramento observe a racionalidade legal se sujeitando a contenção legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário.**

Editora Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2009, p. 620. Disponível em:

<<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acessado em 10/09/2018.

BRASÍLIA. **Decisão cautelar na ADPF/DF nº 347 no Supremo Tribunal Federal-STF.**

2017, p. 7. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312067308&ext=.pdf>>. Acessado em 02/10/2018.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgado pelo decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acessado em 12/12/2018.

BRASIL. Brasília. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.**, DEPEN. Jun 2016. Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acessado em: 12/10/2018.

BRASIL. INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias.** Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Junho de 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acessado em 01/07/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 11/11/2018.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o estado de coisas inconstitucional?** Conjur. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional> >. Acessado em 15/10/2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela 025**. 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acessado em 15/09/2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación 559**. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acessado em 10/10/2018.

COLÔMBIA. **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas**. Estado de Cosas Inconstitucional (ECI)-Sentencia T-025. 2018. Capítulo 6. Disponível em: <<https://repository.oim.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/975/Capitulo%2006.pdf?sequence=10&isAllowed=y>>. Acessado em 09/09/2018.

GIORGI. Raffaele de; VASCONCELOS. Diego de Paiva. Revista. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. **Revista de Direito Práxis Dossiê Questões Amazônicas**. Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 01, 2018, p. 480-503. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662018000100480&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acessado em 11/11/2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 31.

LYONS. Josefina Quintero; MONTERROZA. Angélica Matilde Navarro; MEZA. Malka Irina. La Figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en colômbia. **Revista jurídica Mario**

Alario d'filippo. Universidad de Cartagena, 2011, volume 3, número 1, p. 69 – 80. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/revista/21880/A/2011>>. Acessado em 11/12/2018

OMMATI. José Emílio Medauar. De legislador negativo a legislador positivo: as sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 80, maio 2016 – ago. 2016, p 55-68.

RAMÍREZ, Mateo Gómez. El estado de cosas inconstitucional análisis de los motivos de la corte constitucional para su declaratória. **Universidad Pontificia Bolivariana Escuela de Derecho y Ciencias Políticas Facultad de Derecho Medellín.** 2010. Trabajo de grado para optar al título de Abogado, p. 61. Disponível em: < <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/83/TRABAJO%20DE%20GRADO.pdf?sequence=1>>. Acessado em 12/10/2108.

REVORIO. Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado Europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional Año 21.** Núm. 61. Enero-Abril 2001, p 81-130. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/24884176?seq=1#page_scan_tab_contents >. Acessado em 11/12/2018.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira.** Editora Companhia das Letras. 1995. Brasil, p 312.

STRECK. Lênio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Conjur**. 2015. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> >. Acessado em 15/10/2018.

SOUZA. Luiz Henrique Boselli de. Sentenças Aditivas na jurisdição constitucional. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo ESMP-SP**, V.3, 2013: 99-117. Disponível em: < http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77 >. Acessado em 01/08/2018

VASCONCELOS, Diego de Paiva. A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI); estrutura da decisão e os limites funcionais do direito. **Revista Conpedi Law Review**. 2017, p. 285-306, Braga. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/480>>. Acessado em 11/10/2018.