



O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A ADPF 347

Daniel Lima de Almeida¹

RESUMO

Através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 3471, o presente artigo tem o intuito de discutir acerca do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. Assim, aborda-se o sistemático problema da inconstitucionalidade das prisões brasileiras por meio de uma pesquisa de caráter qualitativo e de natureza bibliográfica. A perspectiva presente, portanto, implica em uma busca pelo cumprimento efetivo dos direitos fundamentais, respaldados na Constituição e em outras legislações. Para o aprimoramento das funções estatais, torna-se preciso pensar a reconstrução das suas estruturas, de modo a transformar a realidade social através do sentido da Constituição.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional. Sistema penitenciário. Direitos fundamentais.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Bolsista de iniciação científica do CNPq.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o objetivo de analisar, com repercussão teórica, a realidade prática do sistema carcerário brasileiro frente aos direitos e às garantias fundamentais respaldados na Constituição Federal de 1988, em outras legislações infraconstitucionais e em tratados internacionais. A constitucionalização dos direitos humanos significa, para a humanidade, a garantia e efetividade de seu pleno gozo, de maneira a impossibilitar, teoricamente, a sobreposição do Estado em relação às liberdades e garantias individuais e coletivas dos cidadãos. Um direito fundamental, portanto, é o que emite a mensagem de respaldo e de respeito, no que tange aos eminentes valores de uma sociedade politicamente organizada e fundada em uma Constituição de cunho garantista.

A historicidade da experiência constitucional aponta que um Estado Democrático de Direito não consegue funcionar, de fato, sem uma justiça constitucional que assegure a efetividade dos valores e direitos humanos, expressos em sua Constituição. Sendo assim, urge o exercício do controle de constitucionalidade, por parte das Cortes Constitucionais, com o intuito de evitar omissões e ações que visem a extinguir ou sonegar, em nome da conservação e ampliação dos privilégios das classes dirigentes, os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos e da coletividade como um todo.

Dessa forma, em setembro de 2015, diante do chamado *estado de coisas inconstitucional* no sistema penitenciário brasileiro, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), requerente, ingressou com medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, Distrito Federal, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Trata-se, portanto, da diligência que objetiva atenuar a situação desumana vivenciada em diversos conjuntos prisionais do Brasil, cujo relator era o ministro Marco Aurélio.

2 DA REALIDADE INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O relatório (STF, 2015)² menciona que – presente o quadro do sistema penitenciário nacional de superlotação carcerária, as condições desumanas de custódia, a violação massiva e persistente de direitos fundamentais e as falhas estruturais – deverá ser designado o caso de

² STF. ADPF 347-DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 09.09.2015. DJe-31 19.02.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 01 de jan. 2019.

estado de coisas inconstitucional. Assim, a conjuntura citada é decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas, e sua modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Aponta-se, no relatório apresentado no acórdão, portanto, que o cabimento da medida cautelar, através da via eleita, torna-se possível ante o preenchimento dos requisitos próprios: violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (STF, 2015). Assim, consta no relatório que:

[...] a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. (STF, 2015, p. 8).

Para expor as razões de tais adversidades, o requerente, no relatório trazido pelo acórdão, adverte que a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e abdicando de repassá-los aos Estados-membros, apesar de encontrarem-se disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro. O Poder Judiciário, conforme aduz, não segue os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos³ e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁴, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia. O Poder Legislativo estaria, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário prisional e contribuindo para a superlotação dos centros prisionais e para a falta de segurança na sociedade, de modo a fazer referência à produção de *legislação simbólica*, expressão de populismo penal (STF, 2015). O PSOL destaca a conjuntura de:

[...] celas 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

³ Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 31 de jan., 2019.

⁴ Convenção americana sobre direitos humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 31 de jan., 2019.

trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Salienta ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos. (STF, 2015, p. 9).

Ao constatar os presentes aspectos do sistema carcerário brasileiro, o partido enfatiza “serem as prisões verdadeiros infernos dantescos” (STF, 2015, p. 9), visto que se fala de um quadro, o qual desrespeita a própria dignidade humana e é totalmente inapropriado para habitar cidadãos. É um conjunto que compromete a segurança da sociedade, uma escola do crime, onde há a *mistura* entre encarcerados com variados graus de periculosidade, de maneira a afastar a possibilidade de reabilitação e a contribuir para que os números de reincidência cheguem a 70% (STF, 2015). Como consta no relatório do acórdão:

[...] outro fato a contribuir para a superlotação é o uso abusivo da prisão provisória. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 41% dos presos brasileiros estão nessa condição. Alega a banalização da adoção da medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando-se uma “cultura do encarceramento”. Aponta, mais, inexistir separação, nos presídios, entre os presos provisórios e os definitivos. (STF, 2015, p. 11).

Perante o exposto, o requerente da ADPF 347 provocou a Corte Suprema, com o propósito de intervir na gravidade dos fatos, a partir da invocação do “papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis” (STF, 2015, p. 12), visto a situação de penúria pela qual o estado de coisas inconstitucional perdura. Então, é próprio do Poder Judiciário a atenção para aquilo que, por vezes, a sociedade não deseja se preocupar. E é por tais razões que o cargo de ministro da Suprema Corte consta na Constituição Federal de 1988, art. 95, inc. I, como vitalício, para, quando necessário, desagradar, sem renúncias, a força da opinião pública e de clamores sociais, pois o Judiciário não é um poder político, mas, diferentemente, jurisdicional.

Postulou, portanto, o PSOL, que seja determinado:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou persistência de prisão provisória, a fundamentação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal (STF, 2015);

b) aos juízes e tribunais – que, seguidos os arts. 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, de maneira a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo de 24 horas, contados do momento da prisão (STF, 2015);

c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro caótico do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal (STF, 2015);

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 jurídico (STF, 2015);

e) ao juiz da execução penal – que abrande 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 constatadas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica, em razão do quadro do sistema carcerário, de modo a preservar a proporcionalidade da sanção (STF, 2015);

f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem normativa, de forma a compensar o ilícito estatal (STF, 2015);

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, com o objetivo de adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas *e* e *f* (STF, 2015);

h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional e deixe de realizar novos contingenciamentos (STF, 2015).

2.1 Dos votos vencedores

O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício, para que se determine à União e aos Estados-membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional. Vencidos os ministros Marco Aurélio, Relator que reajustou o voto, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas (STF, 2015).

Das oito cautelares solicitadas, duas avançaram: as alíneas *b* e *h*. A seguir, os fundamentos da recepção das duas proposições e, posteriormente, a análise dos votos vencedores que fizeram negar as demais requisições.

2.1.1 Da recepção da alínea *b* – as audiências de custódia

Por maioria de votos e com a iniciativa do ministro-relator, Marco Aurélio, a alínea *b* foi deferida, e determinou-se aos juízes e tribunais que, observados os arts. 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, de maneira a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão (STF, 2015).

Sobre os tratados internacionais, Edson Fachin afirma que o Pacto de São José da Costa Rica possui status supralegal, conforme entendimento firmado pela Corte Suprema, e, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, suas normas têm aplicação imediata, portanto, não podem ter suas implementações diferidas ao fim da assinatura dos respectivos convênios de cooperação técnica. Nesse sentido, a cultura jurídica precisa dar efetividade aos compromissos firmados pela República Federativa do Brasil e às normas positivadas democraticamente pelos debates no âmbito do Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo (STF, 2015).

De acordo com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, de forma que o intérprete constitucional é proibido de abdicar de acordos firmados legalmente. Ingo Wolfgang Sarlet (2018), em vista disso, assevera que os tratados internacionais possuirão hierarquia de direito constitucional derivado, incumbindo, no máximo, sua declaração de inconstitucionalidade por violação dos requisitos formais ou, eventualmente, a prevalecer tal entendimento, por violação das cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

O Poder Judiciário, assim, possuirá a tarefa de fiscalizar os ritos democráticos e a compatibilidade dos tratados com a Constituição Federal de 1988, caso o Legislativo e o presidente não observem tal enquadramento. Trata-se, pois, da função contramajoritária do âmbito jurisdicional, de modo a revelar o aspecto de defesa da integridade da Constituição Federal de 1988 frente às vontades políticas existentes que possam desconsiderar seus conteúdos fundamentais.

2.1.2 Da recepção da alínea *h* – os contingenciamentos da União e a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional

Em relação à alínea *h*, por maioria e nos termos do voto do relator, foi deferida a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Foram vencidos, em menor extensão, os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento determinado (STF, 2015).

No que tange ao descontingenciamento dos recursos, Marco Aurélio assevera que a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, especificamente, se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro são contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais (STF, 2015). Concernente ao pedido de intervir no que seria de responsabilidade política de outros poderes da República, Marco Aurélio argumenta que “a forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal” (STF, 2015, p. 31).

2.1.3 Das cautelares indeferidas

Foram indeferidas as alíneas *a*, *c*, *d*, *e*, *f* e *g*. As solicitações de *a*, *c* e *d* foram indeferidas por Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Gilmar Mendes. Por seu turno, a *e*, também negada, foi descartada por Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, e Cármen Lúcia considerou a cautelar prejudicada. A *f* foi indeferida por unanimidade. Acerca da alínea *g*, Marco Aurélio, Teori Zavascki, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski optaram por indeferi-la, e Rosa Weber a considerou prejudicada.

Em relação aos benefícios e direitos dos presos, o relator adverte que há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato, visto que a contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto (STF, 2015). Roberto Barroso, assim, afirma:

A primeira medida cautelar, [...], a da letra “a”, é a que pede ao Tribunal que cautelarmente imponha o dever de os juízes e Tribunais motivarem por que não aplicaram as medidas cautelares alternativas à prisão. Eu estou de pleno acordo com esse pedido, mas ele já decorre necessariamente da legislação. É o que decorre, a meu ver, do art. 93, IX, da Constituição, do art. 315 do Código de Processo Penal e do art. 282, § 6º, também do Código de Processo Penal. (STF, 2015, p. 74)

Indicador não definido.

Sobre a medida cautelar requerida na alínea *c*, Barroso adverte que concorda com as teses apresentadas, mas afirma que já decorre do arcabouço normativo vigente (STF, 2015). Além disso, a alínea *d* foi indeferida. No entanto, se a regra está no arcabouço jurídico, e o juiz não a cumpre, alguma medida deveria ser tomada pela Corte Suprema, pois essa situação compromete a confiança que deve ser inerente ao Estado e, conseqüentemente, ao Judiciário, já que a segurança jurídica e as pretensões de previsibilidade se consideram prejudicadas. Com isso, Gomes Canotilho (2000) assevera que a segurança jurídica e a proteção da confiança no Estado exigem: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que, em relação a eles, o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. A segurança jurídica faz-se fator fundamental para o dever ser do Judiciário.

As regras de motivação das decisões judiciais estão contidas no sistema normativo, o que, teoricamente, impossibilitaria o magistrado de utilizar sua autoridade judiciária para descartar as leis vigentes. Teori Zavascki cita que há mecanismos próprios na instituição do Poder Judiciário para resolver este problema, mas o impasse é de teor generalizado, pois contribui para a imensa quantidade de recursos que sobrecarregam as instâncias superiores (STF, 2015). Assim, uma decisão corretiva do STF, com a finalidade de respaldar a Constituição Federal de 1988 e as normas infraconstitucionais, seria possível. Tratar-se-ia do papel imprescindível que a Suprema Corte dispõe para determinar que o ordenamento jurídico nacional deve ser cumprido e respeitado, principalmente, pelo corpo dos magistrados, os quais têm a colossal responsabilidade, no Direito Penal, de decidir sobre a liberdade de indivíduos. Luigi Ferrajoli, portanto, menciona:

Se, com efeito, “juris-dição” designa um procedimento de comprovação dos pressupostos da pena que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, qualquer atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é

algo distinto de jurisdição. Trata-se, precisamente, de uma atividade substancialmente “administrativa” – ou, se quisermos, “política” ou “governativa” – caracterizada por formas de discricionariedade que, ao afetar as liberdades individuais, inevitavelmente desembocam no abuso. (FERRAJOLI, 2002, p. 37)

O magistrado possui o papel jurisdicional, não político, visto que deve ser imparcial e impessoal no momento de subsunção, de maneira que não se admite fazer sobrepor suas preferências pessoais às regras jurídicas componentes do sistema normativo. Ainda, conforme Gomes Canotilho (2000), há duas dimensões do Estado como comunidade juridicamente organizada: (1) o Estado é um esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas; (2) o Estado constitucional é uma tecnologia política de equilíbrio político-social, através da qual se combateram dois arbítrios imbricados a modelos anteriores: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais.

Dessa forma, constituído pelos três poderes, o Estado, com suas responsabilidades e seus deveres, não pode abdicar de suas tarefas e selecionar quais artigos da Constituição pretende cumprir, visto que ela se trata de um contrato social com garantias individuais e coletivas. O soberano obriga-se a exercer as atividades jurisdicional e política, de modo que os indivíduos por ele protegidos se sintam, de fato, portadores de direitos e deveres, já que a confiança nas instituições democráticas consta como fator fundamental no sistema de tripartição dos poderes. Com isso, o modo jurisdicional de atuar deve assegurar a todos os cidadãos os atos proclamados na Constituição sem restrições, de forma a incluir os direitos dos encarcerados e dos acusados e a fazer justiça, portanto, à chamada *racionalização do Estado moderno*, de maneira a não ser arbitrário, mas a combater o arbítrio.

Se o quadro de *estado de coisas inconstitucional* fora construído por imprudência do próprio Estado, inserido o próprio Judiciário, este, na ADPF analisada, precisaria dar respostas efetivas ao dramático sistema penitenciário, o que não ocorreu, pois não foram deferidas, assim, as alíneas *a, c, d, e e g*, o que faria atenuar o grave problema das condições dos presídios.

Acerca da relação entre democracia e constitucionalismo, torna-se necessário analisar o papel de alguns contributos que o constitucionalismo possibilitou à própria democracia. Em sentido material, torna-se, contemporaneamente, improvável citar uma democracia que não possua o sistema de freios e contrapesos. Para além da tese da separação dos poderes do Estado, há o princípio contramajoritário que rege determinadas instituições da República, como ocorre com o Poder Judiciário, o qual, ainda que suas decisões venham a

desagradar a maioria da população e da opinião pública, deverá ter por base a Constituição, para a tomada de decisões, inclusive a de proteger minorias.

Nessa linha, se os outros poderes atacarem qualquer cláusula pétrea ou norma jurídica de forma indevida, caberá ao Judiciário, utilizando-se da sua força contramajoritária, a defesa incondicional dos dispositivos jurídicos. É através do constitucionalismo que a democracia formal poderá se transformar em democracia material, de modo a concretizar a divisão de poderes e de competências através da institucionalização de decisões. Sem o constitucionalismo, pois, a democracia seria simplesmente a imposição da vontade do povo, ou seja, seria possível haver uma decisão majoritária que desvirtuasse a própria democracia, inviabilizando-a. A democracia é, assim, dependente do constitucionalismo.

2.2 Dos votos vencidos

Foram indeferidas as cautelares em relação às alíneas *a*, *c* e *d*, vencidos os ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, ministro Ricardo Lewandowski, que as deferiram. Acerca da alínea *e*, ela foi indeferida, vencido, em menor extensão, o ministro Gilmar Mendes. E, por unanimidade, foi indeferida a cautelar em relação à alínea *f*. Em relação à alínea *g*, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello (STF, 2015).

O tema do sistema carcerário, por ser pauta impopular, padece de atenção dos governantes, da mídia e da sociedade civil, o que faz com que a intensidade do problema se torne ainda mais grave, de maneira a advir o estado de coisas inconstitucional. Segundo o ministro-relator, essa matéria envolve direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, mas também cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida. O quadro apresentado necessita, portanto, do papel de defesa de minorias que fora concedido ao Supremo (STF, 2015).

Ante essa situação vexaminosa, verifica-se a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado, evidenciada a inadequada assistência judiciária. Os reclusos, muitas vezes, não possuem sequer informações sobre os processos criminais (STF, 2015, p. 28).

Roberto Mangabeira Unger (1979) assinala, assim, que somente uma entidade que, de algum modo, se ponha acima dos grupos em conflito pode limitar os poderes de todos os grupos e alegar uma posição de imparcialidade, impessoalidade ou harmonia providencial que

justifique a sua exigência de submissão. Como citou Marco Aurélio, o Judiciário possui o papel contramajoritário, o qual permite que a instituição republicana, sem renúncias, desagrade a opinião pública ou a população, pois é dever do magistrado do STF dar atenção, quando provocado, aos não ouvidos pelo sistema político, posto que são diferentes pontos de atuação. Já que a maioria constrói a política, o Judiciário haverá de ser potente órgão de combate aos desmandos e injustiças, atendendo, portanto, aos esquecidos. É somente um corpo imparcial e impessoal que permitirá a realização do papel posto.

Ademais, o perverso quadro de *estado de coisas inconstitucional* concede ao Supremo a possibilidade de intervir judicialmente em decisões que, em parte, seriam de outras entidades – as políticas, principalmente, do Executivo, não só a União, mas, de modo semelhante, o Poder Executivo dos Estados-membros. O assunto é de teor impopular e não se restringe a um local específico, mas, diferentemente, perdura por grande parcela do território nacional e não é tema, a saber, de eleições, por não ser de interesse dos indivíduos e dos próprios políticos, de forma geral.

Logo, trata-se da relação entre constitucionalismo e democracia, visto que o primeiro seria o modo de controle da vontade da maioria, o que configura um sentido de democracia amplo. A democracia, assim, não deve se limitar à simples validade da soberania popular, mas, por outro lado, deve possuir mecanismos que possam incluir todos na esfera democrática, o que seria possível, na perspectiva analisada, com a associação apontada, já que o direito é portador da possibilidade de emissão de aspectos jurídicos para o controle de fatores políticos.

Edson Fachin, por seu turno, promove atenção à questão do grau de escolaridade dos detentos, com base em estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O ministro cita que esse índice é extremamente baixo – aproximadamente, oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental (STF, 2015).

Sobre a distância entre administração da justiça e cidadãos, Boaventura de Sousa Santos argumenta:

[...] é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. (SANTOS, 2000, p. 170)

O que o ministro Edson Fachin apresenta possui imbricação com a ineficiência do Estado em promover educação, que consta no art. 205 da Constituição Federal de 1988. Assim, é objetivo da República preparar o indivíduo, através da educação, para o mercado de trabalho, entretanto, as entidades responsáveis não o cumprem, de maneira a aumentar, posteriormente, a violência. O Estado se mostra ineficaz tanto na prestação de direitos básicos, a exemplo da educação, quanto na gestão de seus presídios, também infringindo direitos fundamentais. A tese inferida por Boaventura de Sousa Santos relaciona-se ao fator trazido por Edson Fachin, posto que o nível educacional dos cidadãos, diretamente ligado aos fatores de renda e cultura, proporciona o distanciamento de classes sociais desfavorecidas à administração da justiça. A presente conjuntura constitui, além das condições já citadas, o aprisionamento em massa de inocentes, visto que grande parte dos encarcerados não teve sentença penal condenatória transitada em julgado, condição constituinte da culpa, como emana do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988.

Luiz Fux entende que, se a lei obriga o juiz a motivar, e ele não motiva, há um *estado de coisas inconstitucional*, porque, também na Constituição Federal de 1988, está determinado que os juízes motivem as prisões provisórias e definitivas, e apliquem as medidas cautelares. É por isso que o tal *estado de coisas inconstitucional* obriga que, além da subsunção, a jurisdição constitucional faça valer um efeito pedagógico. Trata-se, então, de uma tentativa de salvaguardar os ditames expostos pelo ordenamento jurídico (STF, 2015).

Em linha semelhante, o art. 5º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, designa que ninguém poderá ser exposto a atos de tortura, nem a tratamento desumano ou degradante – trata-se de um mandamento da legislação suprema do país, refletido na dignidade da pessoa humana. O Estado legitima-se a partir da Constituição Federal de 1988, mas, de forma contrastante, no caso aqui explicitado, não reverbera em tal ponto os procedimentos emanados dela, o que se revela como contradição, de maneira a confirmar, como consequência, o *estado de coisas inconstitucional*.

O ministro Gilmar Mendes certifica que, ao lado das normas disciplinadoras da cautelar em sede de ADPF, há disposto no art. 461 do Código de Processo Civil (CPC), o qual dá ao julgador o poder de conceder “tutela específica da obrigação” (STF, 2015, p. 137) e determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (STF, 2015, p. 137).

Além disso, o ministro Celso de Melo assegura que a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais revela inaceitável gesto de desprezo pela Constituição Federal de 1988 e configura comportamento que traduz um sentimento de despreço pela

autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que ela se reveste. Assim, nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes (STF, 2015). Por isso, Gomes Canotilho (2000, p. 1435) caracteriza a Constituição como “ordem jurídica fundamental do Estado”, o que gera a pretensão de estabilidade na sua forma e a busca da capacidade de abertura para mudanças no seio do político.

Nesse sentido, a Constituição advém de um contrato social que deve ser cumprido – trata-se do guia político de uma nação. Incluindo-se os representantes políticos do povo, buscar-se-ia, através dela, a estabilidade social e o respeito às garantias de todos – não importando quem seja o destinatário – sempre dentro dos limites estabelecidos pelo texto. E, além disso, a legislação constitucional é capaz de fornecer maneiras variadas de resolução de problemas da vida cotidiana, inclusive de possibilitar que ela seja objeto de mutação e, ainda, que os atos normativos infraconstitucionais sejam modificados, para atender melhor aos interesses dos destinatários, o que não ocorre, constatado o *estado de coisas inconstitucional*.

Em decorrência da supremacia constitucional, todos os atos normativos do Poder Público devem estar de acordo com o ideal constitucional, formal e materialmente. Os direitos constitucionais, portanto, por estarem codificados, devem ser respeitados tanto pelos cidadãos em geral, como pelos representantes do povo.

2.3 O estado de coisas inconstitucional – seu descompasso em relação à ordem humanitária de direitos e garantias fundamentais

Com todas as adversidades elencadas no que tange ao descumprimento do ordenamento jurídico vigente pelo Judiciário, faz-se necessário analisar o campo em que está submetida à instituição citada. Boaventura de Sousa Santos adverte para:

[...] a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica. (SANTOS, 2000, p. 174)

Dessa forma, o magistrado, embutido no sistema do Direito e no campo próprio dos tribunais, necessita, tanto quanto saber acerca de proposições jurídicas, compreender o sistema ao qual pertence. Assim, requer-se prudência no exercício de sua função para que analise os aspectos vinculados ao significado da norma jurídica, e esclarecimento sobre os impactos de suas decisões. É por tal razão que Boaventura de Sousa Santos infere que o problema, mais do que do próprio magistrado, está na sua preparação, no modo como as escolas de direito alinham os futuros profissionais dos tribunais. Nesse sentido, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, imprescindivelmente, de modo racional, com base no ordenamento jurídico e na dinâmica social.

Ainda, Pierre Bourdieu, também explanando sobre a realidade dos tribunais, afirma:

[...], o juiz, ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões diretamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica, os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos, têm uma função de *invenção*. (BOURDIEU, 2002, p. 222-223)

A discricionariedade conferida ao magistrado não pode ser confundida com o arbítrio – o parâmetro confiável que se cobra do juiz é o de que sua decisão esteja fundada em bases sólidas de teoria e de regras jurídicas expostas no sistema jurídico, além de, sempre que necessário, visar aos princípios. O Direito Penal é o campo mais acirrado da área jurídica, justamente, por envolver a liberdade de um cidadão, o que impossibilita o juiz de fazer a interpretação arbitrária das leis e de utilizar seu capital específico de autoridade jurídica para inventar o direito conforme suas posições particulares.

De acordo com o Código de Processo Penal, art. 319, há variadas formas de punição que podem substituir a prisão, o que, teoricamente, atenuaria os problemas do sistema carcerário brasileiro. Além disso, reza o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988, que as decisões judiciais deverão ser fundamentadas. Assim, o garantista Luigi Ferrajoli assinala: “é por força da motivação que as decisões judiciárias resultam apoiadas, e portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma apropriada” (2002, p. 497).

Conforme mandamento da ordem jurídico-constitucional vigente, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, mas a cultura judiciária nacional é divergente, o que contribui demasiadamente para o quadro de *estado de coisas inconstitucional*, de forma a

afastar o garantismo penal e a provocar ainda mais violência na sociedade. E, se o juiz cometer algum equívoco ao fundamentar judicialmente uma decisão sobre o meio de punição para certo cidadão, tal proferimento possui potencial para ser corrigido por um tribunal. O STF optou por indeferir a alínea *a*, ao afirmar, por maioria, que a fundamentação das decisões judiciais já decorre de mandamento constitucional. No entanto, como assevera o ministro Luiz Fux, o comando já consta no ordenamento jurídico, mas os magistrados não o cumprem. Dessa maneira, a Suprema Corte, que deveria levar a rigor seu eminente papel de guardião da Constituição Federal de 1988, equivocou-se ao não emitir uma medida pedagógica e determinar que as decisões judiciais deveriam ser motivadas acerca do âmbito citado.

Ainda, pelo mesmo argumento que foi negada a alínea *a*, a *c*, também indeferida, não deveria ter sido, visto que há desvinculação, no caso, do juiz à norma. Aqui, portanto, torna-se válido o argumento do ministro Luiz Fux, com vista a proferir uma medida pedagógica de cumprimento das leis vigentes, já que estas estão sendo postergadas, mas a tese não foi aderida pela maioria dos ministros.

De modo semelhante, os direitos elencados no art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e no art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos também merecem respeito, pois os ritos legais para a recepção constitucional foram cumpridos, o que impede o arbítrio judicial em escolher quais pontos do ordenamento jurídico pretende cumprir, pois a audiência de custódia é garantia básica do acusado. Há, certamente, quantidade inadequada de magistrados no Poder Judiciário, proporcionando certa ineficiência nos tribunais. Entretanto, o acusado não pode arcar com uma deficiência do Estado, que se estende para os tribunais do Poder Judiciário, porque que é direito consagrado do acusado a audiência de custódia em prazo determinado – o que possibilitou ao STF acatar a medida solicitada na alínea *b*. Faz-se necessário citar a importância da consideração dos direitos humanos para tratar o *estado de coisas inconstitucional*. E é por razão de dá-los um status imprescindível no concernente ao sistema carcerário que Cezar Roberto Bitencourt ressalta:

Nos últimos tempos houve significativo aumento da sensibilidade social em relação aos direitos humanos e à dignidade do ser humano. A consciência moral está mais exigente nesses temas. Essa maior conscientização moral não tem ignorado os problemas que a prisão apresenta e o respeito que merece a dignidade dos que, antes de serem criminosos, são seres humanos. (2018, p. 183-184)

Assim, diante do quadro conturbado apresentado na ADPF 347, seria cabível e preciso que a alínea *d* fosse deferida. É impreterível que a mensagem de respeito aos direitos humanos ressoe na sociedade e, no caso aqui explicitado, nos magistrados. Estes são responsáveis por observar o princípio da proporcionalidade da pena e as condições das prisões pátrias, pois é importante a aplicação de outras formas de punição do indivíduo que comete um ilícito penal, observado o princípio da proporcionalidade, componente do garantismo penal.

O abrandamento das regras dos requisitos temporais para os benefícios dos presos seria um meio plausível para cumprir a Constituição Federal de 1988, visto que o acusado não deve sofrer pena mais grave da qual foi imposta, trata-se da proporcionalidade da sanção, o que faria ser correta a aprovação da alínea *e*. No entanto, levando-se em conta que as regras acerca dos benefícios fossem abrandadas, não justificaria acatar a alínea *f*, justamente por decorrer da medida requerida anteriormente e já constar como meio justo para atingir os fins constitucionais.

E, por consequência, a alínea *g*, sendo aprovada em menor extensão, de maneira a não ser considerado o requerimento *f*, obedeceria aos moldes da *e*. Assim, o CNJ coordenaria mutirões carcerários, com o intuito de revisar os procedimentos de prisão no país, podendo-se adequar, quando necessário, ao conteúdo emitido no item *e*, visto o quadro caótico de *estado de coisas inconstitucional*.

Acerca do requerimento *h*, a judicialização da questão justifica-se exatamente pelo objeto da ação, que é de descumprimento de preceitos fundamentais. Assim, Daniel Sarmento menciona que:

[...] o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. [...], o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia (2011, p. 101-102)

Deve ser de responsabilidade de todos os poderes constituídos a avaliação da efetividade dos direitos fundamentais. Quando há abusos acerca destes por um poder político, o Judiciário possui o papel de, em acordo com a Constituição Federal de 1988, intervir. Assim, Canotilho (2000) assegura que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma perspectiva dupla: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para o Poder Público, proibindo fundamentalmente

as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões do Poder Público, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Por fim, poderia ser questionado se indivíduos presos merecem ser defendidos através dos direitos humanos. Lynn Hunt assegura que “os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser naturais (inerentes nos seres humanos), iguais (os mesmos para todo mundo) e universais (aplicáveis por toda parte)” (HUNT, 2009, p. 19) – o que configura sua natureza fundamental para a estrutura de uma sociedade politicamente organizada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguindo os rituais constitucionais de tais direitos, uma democracia, para ser plena e fazer justiça ao seu nome, deve garantir a todos a efetividade da norma constitucional no que tange à dignidade da pessoa humana, pois os direitos fundamentais são, literalmente, fundamentais para uma democracia consolidada e respeitada, não apenas no papel, mas na realidade social.

Assim, há um descompasso entre teoria constitucionalizada e prática, pois a realidade social do sistema penitenciário nada tem a ver com os direitos adquiridos durante duras lutas históricas – os quais são sonogados nestes ambientes que violentam a dignidade humana de inúmeras maneiras. Configura-se, então, uma ameaça gravíssima à ordem constitucional, à segurança jurídica e à democracia brasileira.

Demonstra-se imprescindível a atuação dos órgãos jurisdicionais competentes para o controle de constitucionalidade, visando à fiscalização das ações e omissões do Poder Público frente aos direitos humanos, expressos no bloco constitucional. Assim, coíbe-se que o Executivo se omita de suas responsabilidades de âmbito garantista, para com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: unia história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

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

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 73-113.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM AND THE ADPF 347**ABSTRACT**

Through the Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept (ADPF) n°347, this article aims to discuss about the unconstitutional state of affairs in the brazilian penitentiary system. Thus, the systematic problem of unconstitutionality of the brazilian prisons is addressed through a qualitative and bibliographical research. The present perspective, therefore, implies a search for the effective fulfillment of the fundamental rights supported by the Constitution and other laws. For the improvement of state functions, it is necessary to think about the reconstruction of its structures in order to transform social reality through the meaning of the Constitution.

Keywords: Unconstitutional state of affairs. Penitentiary system. Fundamental rights.