



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

FERNANDA PRADO

**O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A
DIGNIDADE DO PRESO**

Jacarezinho – 2019

FERNANDA PRADO

**O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A
DIGNIDADE DO PRESO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Responsabilidade do Estado: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

PRADO, Fernanda.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e a dignidade do preso. / Fernanda Prado. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2019.

132 f.

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2019.

Referências bibliográficas: f. 126

1. A Tutela Constitucional dos Direitos Fundamentais. 2. O Descompasso Existente Entre as Normas Legitimadoras do Direito Penal e a Realidade Carcerária Brasileira. 3. O Estado de Coisas Inconstitucional. 4. As Medidas de Concretização da Dignidade do Preso. I. Prado, Fernanda. II. Bernardi, Renato. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. O

FERNANDA PRADO

**O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A
DIGNIDADE DO PRESO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Responsabilidade do Estado: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação.

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

Membro 2: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Membro 3: Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila

Jacarezinho/PR, 14 de dezembro de 2019.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP

Dedico este trabalho a minha mãe, por estar comigo em todos os momentos, abdicando de seus sonhos, seus objetivos e suas necessidades para se dedicar a mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus que me acompanhou e me guiou durante essa caminhada acadêmica, possibilitando que, apesar das adversidades, eu me mantivesse determinada e, hoje, realizada.

Aos meus pais, Haroldo Antônio do Prado e Neusa Maria Flauzino Prado, que são minha inspiração, razão e motivação, sempre mostrando que o caráter, os estudos e a devoção são a base para a construção de uma vida digna e uma carreira de sucesso, configurando-se na fórmula perfeita para a realização profissional e pessoal.

À Veronica Prado e a toda minha família por acreditarem e se orgulharem de mim, incentivando meus sonhos e minhas escolhas.

Aos docentes e servidores que contribuíram significativamente para a minha formação.

Ao meu orientador e memorável professor Renato Bernardi pela orientação e atenção despendidas.

A todos os amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão desta pesquisa e, particularmente, àqueles que levarei comigo para além das salas de aula.

Finalmente, à Universidade Estadual do Norte do Paraná que antes se resumia a um sonho distante, mas que, atualmente, é minha realidade e vem me abrindo oportunidades maiores das que eu pudesse imaginar.

PRADO, Fernanda. **O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional e a Dignidade do Preso**. 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

A presunção de efetiva e indistinta proteção da dignidade da pessoa humana decorre da própria constituição da República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito. Todavia, nem sempre a concretização da realidade ocorre de acordo com os valores inscritos no texto constitucional e nos outros documentos legais que compõem o ordenamento jurídico vigente, editados para fins de materializar os objetivos sobre os quais se mantém o Estado brasileiro. É o que acontece com o sistema penitenciário brasileiro: apesar da existência de um arcabouço normativo harmonicamente voltado a assegurar os direitos fundamentais dos presos brasileiros, a situação carcerária atual distancia-se, e muito, da efetivação dessas garantias. O presente estudo tem como objeto justamente determinar a pertinência das medidas requeridas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF para a reversão do completo quadro de ilegalidade que se caracteriza o sistema penitenciário nacional. Por meio do método indutivo, e mediante pesquisas bibliográficas, analisa concretamente a situação carcerária brasileira, estabelecendo as razões que levam a ineficiência do modelo punitivo, para, assim, avaliar a capacidade dos pedidos formulados na citada arguição para reverter o reconhecido estado de coisas inconstitucional dos estabelecimentos penais do país. Com base em dados quantitativos, demonstra que a maximização do Direito Penal, a cultura do encarceramento e a seletividade do sistema são as principais causas da atual realidade ilegal do cárcere brasileiro e que a implementação dos pedidos liminares deferidos (realização das audiências de custódia e liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional) foi incapaz de reduzir as incontáveis violações aos direitos fundamentais dos encarcerados. A definição dos fatores que contribuem para a ausência de racionalidade do exercício do poder de punir, previsto, aplicado e executado em desconformidade com os preceitos fundamentais que regem toda a atuação do Estado brasileiro, também permite concluir pela insuficiência das demais medidas a serem julgadas pelo STF, no âmbito da ADPF 347/DF, sem que, ao lado delas, sejam previstos instrumentos de monitoramento e fiscalização do cumprimento das ordens emanadas. Com isso, afirma que a redução de significativas violações aos direitos fundamentais dos encarcerados e a respectiva observância de sua dignidade requer, para além da definição do conteúdo das políticas a serem adotadas, a fixação dos meios que serão aplicados para atingir essa finalidade.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Sistema Penitenciário Brasileiro. Irracionalidade do Direito Penal. Estado de Coisas Inconstitucional. Medidas de Concretização da Dignidade do Preso (ADPF 347/DF).

PRADO, Fernanda. **O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional e a Dignidade do Preso**. 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

The presumption of effective and indistinct protection of the human person's dignity derives from the constitution of the Federative Republic of Brazil as a Democratic State of Law. However, the reality does not always occur in accordance with the values contained in the constitutional text and other legal documents that make up the current legal system, issued for the purpose of achieving the objectives on which the Brazilian State is maintained. This is what happens with the Brazilian prison system: despite the existence of a harmonious normative framework aimed at guaranteeing the fundamental rights of Brazilian prisoners, the current prison situation is far from the materialization of these guarantees. The purpose of this study is precisely to determine the relevance of the measures required in the accusation of breach of fundamental precept (ADPF) 347/DF for the reversal of the complete illegality framework that characterizes the national penitentiary system. Through the inductive method, and through bibliographic research, it analyzes the Brazilian prison situation concretely, establishing the reasons that lead to the inefficiency of the punitive model, which allows us to evaluate the capacity of the requests made in the said argument to revert the recognized unconstitutional state of affairs of the prisoners. penal establishments in the country. Based on quantitative data, it is demonstrated that the maximization of criminal law, the culture of incarceration and the selectivity of the system are the main causes of the current illegal reality of the Brazilian prison and that the implementation of the injunctions granted (holding of custody and release hearings from the National Penitentiary Fund) was unable to reduce the countless violations of the fundamental rights of the incarcerated. The definition of the factors that contribute to the lack of rationality in the exercise of the power to punish, foreseen, applied and executed in disagreement with the fundamental precepts that govern the entire performance of the Brazilian State, also allows us to conclude that the other measures to be judged by the STF, without, beside them, instruments for monitoring and inspecting compliance with the orders issued. Accordingly, it states that the reduction of significant violations of the fundamental rights of the incarcerated and their respect for their dignity requires, in addition to defining the content of the policies to be adopted, the establishment of the means that will be applied for this purpose.

Keywords: Human Person's Dignity. Brazilian Penitentiary System. Criminal Law's Irrationality. Unconstitutional State of Things. Prisoner's Dignity Achievement Measures (ADPF 347 / DF).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 O Estado Democrático de Direito	16
2.2 A dignidade da pessoa humana	24
2.3 O princípio da separação dos poderes e a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais	30
3 O DESCOMPASSO EXISTENTE ENTRE AS NORMAS LEGITIMADORAS DO DIREITO PENAL E A REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA	42
3.1 O <i>jus puniendi</i> e o Direito Penal simbólico	48
3.2 A criminalização e a cultura do encarceramento	55
3.3 O dever de custódia estatal e a ofensa à dignidade do preso na execução penal	62
4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	69
4.1 Origem	73
4.2 Pressupostos de caracterização e as consequências da decisão que declara o estado de coisas inconstitucional	77
4.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF	83
5 AS MEDIDAS DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DO PRESO	90
5.1 A pertinência das determinações liminares da ADPF nº 347/2015 para assegurar a dignidade do preso	93
5.2 A pertinência das demais medidas requeridas na ADPF nº 347/2015 para assegurar a dignidade do preso	106
5.3 A relevância do monitoramento da decisão para a efetividade das medidas	113
6 CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	126

1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, conforme artigo 1º da Constituição Federal. Trata-se, pois, de parte de uma estrutura em que se edifica o Estado, atuando como um valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro que inspira, legitima e limita a atividade de todos os poderes estatais. Corolário da concepção humanista do texto constitucional, erigida à categoria de valor supremo do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana alicerça e estabelece seus contornos nos direitos fundamentais individuais e sociais do ser humano, entendidos como aqueles essenciais à garantia qualitativa do direito à vida.

Embora evidente o vínculo existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, principalmente os sociais, já que só é possível falar em real e plena capacidade de autodeterminação dos indivíduos quando satisfeitas suas necessidades mais básicas, a concretização desses direitos ainda se distancia de um mínimo admissível por uma sociedade legalmente organizada pela ideia de garantia de uma existência digna de todos, notadamente quando o Estado, por intermédio do seu poder punir, custodia presos provisórios e definitivos em estabelecimentos penais incapazes de fornecer as condições necessárias para o cumprimento da pena privativa de liberdade de acordo com os preceitos normativos que envolvem a concepção de Estado Democrático de Direito e os direitos e deveres fundamentais dela decorrentes.

Diante das presentes, insistentes, incontáveis e consideráveis violações aos direitos fundamentais dos encarcerados brasileiros, o Supremo Tribunal Federal (STF), após provocação do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, do Distrito Federal, reconheceu, num juízo de cognição sumária, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro e determinou a realização das audiências de custódia, previstas nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a fim de viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão, assim como a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com o objetivo de minimizar o quadro de ilegalidade declarado.

O presente estudo tem como objeto analisar as medidas deferidas cautelarmente pela Suprema Corte, e as requeridas em caráter definitivo, que tem como fim a reversão, ou pelo

menos a redução, da realidade ilegal do cárcere nacional, avaliando os resultados até então alcançados pelo cumprimento das ordens emanadas e a possibilidade de se atingir a finalidade pretendida (assegurar a dignidade dos presos brasileiros) com a execução dos demais pedidos formulados, sendo que a pesquisa se justifica exatamente porque, apesar de a questão penitenciária se encontrar há muito tempo em evidência, protagonizando outras provocações do Poder Judiciário, as altas taxas de encarceramento e o afastamento explícito das leis e das finalidades que legitimam o modelo punitivo atual, por parte do Estado e da sociedade, que acentuam e eternizam o desrespeito aos direitos fundamentais dos encarcerados, permanecem presentes.

Para tanto, no primeiro capítulo, são estudadas a origem e as características dos conceitos de Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da separação dos poderes e sua relação com a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, já que constituem fenômenos que carregam em suas definições os valores básicos sobre os quais se instituiu e se justifica o Estado brasileiro e que, por assim ser, deveriam norteá-lo no exercício, exclusivo e indelegável, do seu poder de punir. Ainda que a pesquisa não tenha como desígnio demonstrar a legitimidade do Poder Judiciário para intervir na formação e implementação de políticas públicas destinadas a garantir condições dignas de cumprimento de penas privativas de liberdade, a essencialidade desse capítulo está amparada na necessidade de se demonstrar as premissas que deveriam orientar o Direito Penal brasileiro, tornando-se impossível o exame do conteúdo das medidas requeridas da ADPF nº 347/DF dissociado da organização jurídico-política em que estão inseridas.

Inobstante a vigência de um coeso arcabouço normativo reservado a racionalizar o poder punitivo, condicionando-o ao respeito dos direitos fundamentais dos indivíduos e limitando a sua incidência apenas aos casos que não podem ser resolvidos pelos demais ramos do Direito, a política e a prática criminal brasileira é outra. Por isso, no capítulo seguinte, são definidos os fatos que contribuem para o completo descompasso existente entre o ordenamento jurídico nacional e a situação inconstitucional dos estabelecimentos penais e, por consequência, para a absoluta deslegitimidade do Direito Penal, confrontando os fundamentos que justificam e limitam o exercício do poder de punir e sua tendente maximização. A partir disso, aborda-se o dever de custódia estatal, justamente diante da posição assumida pelo ente com relação aos seus custodiados, e são descritas, de forma ilustrativa, situações ilegais verificadas no sistema penitenciário do país. A apresentação e consideração de circunstâncias sociais, políticas e econômicas que interferem na questão penitenciária é fundamental para aferir a capacidade da

aplicação da doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional e dos respectivos pedidos contidos na ADPF 347/DF para assegurar a dignidade dos presos brasileiros.

Por consequência, o terceiro capítulo reserva-se ao estudo da citada doutrina, originariamente desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, trazendo informações sobre o seu nascimento e desenvolvimento, seus pressupostos de caracterização e as consequências de sua aplicação. Depois, é realizado um exame descritivo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal, na ADPF nº 347/DF, que reconheceu, em caráter liminar, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, com a finalidade de identificar as medidas adotadas provisoriamente, assim como as requeridas em caráter definitivo, o que possibilitará estabelecer, no próximo capítulo, as respectivas implicações dessa decisão e a sua capacidade de reversão da realidade inconstitucional declarada.

O último capítulo dedica-se à análise das medidas deferidas liminarmente na ADPF nº 347/DF (realização das audiências de custódia e liberação das verbas do FUNPEN) e os resultados até então obtidos com a implementação das referidas determinações. Com base nos relatórios produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta-se o número de audiências de custódia realizadas em todo o território brasileiro, desde a decisão liminar proferida pelo STF, em 2015, bem como a evolução da população carcerária provisória. Referido conselho também verificou a aplicação das verbas do FUNPEN, sendo que os dados indicados são retratados no capítulo, em consonância com as informações obtidas na Auditoria Integrada nº 018.047/2018-1, do Tribunal de Contas da União (TCU), instaurada para idêntica finalidade. São examinados, ainda, os pedidos definitivos formulados pela PSOL, para reverter o quadro ilegal dos estabelecimentos penais nacionais, observando a complexidade em que o modelo punitivo se encontra inserido, atitude básica para aferir se as ações requeridas na arguição são capazes de atingir o fim proposto: assegurar a dignidade dos encarcerados brasileiros. Por fim, aponta-se a necessidade de se estabelecer instrumentos de controle e monitoramento do cumprimento das determinações, indispensáveis à efetividade das ordens emanadas.

2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A compreensão do sentido e dos objetivos contidos na Constituição Federal de 1988 pressupõe a análise fática e jurídica dos movimentos que culminaram na sua promulgação, principalmente no que se refere à ideia de constitucionalismo. Ao analisar referido termo, Canotilho (1998, p. 45, destaque no original) o conceitua como uma teoria que fundamenta o princípio da limitação do governo, para fins de organização político-social e como forma de garantia dos direitos daqueles que integram uma sociedade. Essa noção básica apresentada pelo autor decorre justamente do seu entendimento de que inexistem um único constitucionalismo, mas sim “[...] diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural”. Portanto, para Canotilho, o conceito de constitucionalismo não se identifica com a existência ou não de constituições escritas, e nem se caracteriza como uma ideologia passível de se atribuir um local e um momento exato de surgimento, representando “[...] uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”.

Por outro lado, o autor admite que, numa acepção histórico-descritiva, é possível reconhecer o chamado constitucionalismo moderno que, “[...] sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio público*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”. Dentro desse movimento político, social e cultural apareceu a constituição moderna, entendida como “[...] a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. A partir desse conceito, extrai-se as dimensões fundamentais do que se pode compreender como Constituição: (a) documento escrito (b) de organização jurídico-política, (c) destinada à limitação do poder estatal e à declaração de um conjunto de direitos fundamentais (CANOTILHO, 1998, p. 46):

A constituição em sentido moderno pretendeu, como vimos, radicar duas ideias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades* (CANOTILHO, 1998, p. 48-49, destaque no original).

Bestor (2005, p. 41-47), reafirmando que o constitucionalismo tem raízes anteriores ao movimento ocorrido nos séculos XVII e XVIII, identifica a Inglaterra como protagonista do

constitucionalismo moderno, principalmente em razão do aparecimento do *Bill of Rights* de 1698, documento que iniciou a monarquia constitucional inglesa, ao submetê-la à supremacia do parlamento. A autora destaca, ainda, dentre os documentos referentes a esse período, a Constituição Norte-Americana de 1787, assinada na Filadélfia e caracterizada como o primeiro documento escrito destinado à constituição de um Estado:

Tal Constituição ainda está em vigor, com seus apenas sete artigos originais e suas 27 emendas. Nela, pela primeira vez, se viu a superação do Estado pela sociedade civil, operando-se a afirmação do princípio da soberania popular, eis que em sua célebre abertura se vê: *We the people* (“nós, o povo”) (BESTER, 2005, p. 47, destaque no original).

Dando continuidade ao contexto histórico de limitação do poder estatal, o povo francês (Terceiro Estado) liderou a Revolução Francesa de 1789, com o fim de excluir as benesses conferidas à nobreza, sobrevivendo, no mesmo ano, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1791, a primeira Constituição escrita da Europa, que tinha como conteúdo básico a separação dos poderes e a garantia de direitos anteriores e superiores ao Estado. “Nasceram, assim, as *Constituições escritas*, com fundamental *função de proteger, de garantir a pessoa humana contra os abusos de poder dos governantes*. Daí a idéia (sic) de *garantismo* ser intrinsecamente associada ao conceito moderno de Constituição” (BESTER, 2005, p. 50, destaque no original).

O modelo de constitucionalismo liberal clássico conferiu prioridade ao valor “liberdade” e, por consequência, aos direitos negativos, que determinavam um “não agir” dos governantes, o que resultou na defesa meramente formal da igualdade dos indivíduos, especialmente diante da inexistente previsão de direitos sociais. A entrada dos direitos positivos nos documentos constitutivos dos Estados ocorreu com a gradativa ampliação do direito ao voto, já que, “[...] com a progressiva conquista do voto pelas classes despossuídas economicamente, estas puderam eleger representantes aos parlamentos, os quais, por sua vez, pouco a pouco puderam ir introduzindo direitos que contemplavam os interesses das classes que representava” (BESTER, 2005, p. 52). Essa preocupação social foi política e juridicamente institucionalizada pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917 e, após, na Constituição de Weimar de 1919, como resposta às violências e consequências da Primeira Guerra Mundial.

No âmbito nacional, o constitucionalismo brasileiro também se desenvolveu em importantes etapas, acompanhando o contexto político, econômico e social do país e delimitado por suas características próprias. Ainda que em grau e intensidade diferentes dos acontecimentos descritos na Inglaterra e na França, por exemplo, o Brasil também passou do

constitucionalismo moderno para o liberal clássico, e deste para o social. A Constituição de 1824, conhecida como Constituição do Império, decorrente de um longo processo de independência nacional do domínio português e inspirada nos valores básicos do liberalismo, possuía, em verdade, um caráter híbrido, ao pretender conciliar o liberalismo com o absolutismo, expressado, sobretudo, com a criação do poder moderador, exercido privativamente pelo imperador, para harmonizar os demais poderes políticos¹ (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 95-96):

Um movimento que poderia ter sido fortemente influenciado pelo sopro das novas idéias (sic) liberalizantes acabou preso às circunstâncias europeias, que eram então de retorno ao absolutismo monárquico e de enfraquecimento dos parlamentos. Essas circunstâncias históricas se ornaram muito poderosas para serem ignoradas. Só uma figura forte como a do monarca poderia garantir o processo de separação de Portugal com o mínimo de traumas e de violência (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 89)

O exercício pleno do liberalismo no Brasil só ocorreu com o advento da República. Dentre as causas determinantes para o aparecimento e fortalecimento das instituições republicanas, pode-se destacar fatores de natureza política, econômica e sócio-cultural convergentes, que geraram um contexto propício para a queda da monarquia. A crise constitucional do Império, resultado de um jogo de interesses contraditórios entre a burguesia e o poder moderador, culminou na instabilidade representativa e no inevitável enfraquecimento desse poder. Somou-se a isso a crise do trabalho escravo, a militar e a da questão religiosa, todas estas fundamentais para desintegrar o ordenamento imperial e contribuir para a promulgação da Constituição de 1891, que consagrou a separação de poderes e confirmou o sistema federativo decretado pela ditadura de 15 de novembro de 1889 (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 206-251):

O aperfeiçoamento liberal de garantia dos direitos da pessoa humana culminou com o artigo 28 da Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, segundo o qual a declaração não excluía “outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelecia e dos princípios que consigna (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 251).

¹ O artigo 98 da Constituição do Império dispunha que o poder moderador era a chave de toda a organização política nacional, delegado privativamente ao imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos outros poderes políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

A vedação de privilégios em favor da nobreza e o reconhecimento de direitos, ainda que não positivados, mas que decorram dos valores identificados como essenciais à ideia de Estado de Direito, revelaram a intenção de ampla proteção das liberdades fundamentais dos indivíduos. Apesar disso, a realidade política e social brasileira, marcada pela supervalorização do Executivo e pelas evidentes desigualdades econômicas, distanciava-se, e muito, dos princípios republicanos consagrados na Constituição de 1891. As primeiras bases do constitucionalismo social apenas aparecem na Constituição de 1934, como resultado da Revolução de 1930, instaurada, basicamente, para se opor à oligarquia marcante daquele período:

O teor social domina pois a Constituição de 1934, ocorrendo em relação à de 1891 uma justaposição hegemônica de valores, cuja incorporação ao texto recente não importou todavia em supressão dos direitos e garantias já contidas na primeira declaração republicana, de marcado cunho individualista (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 321).

Afirmando que a Constituição de 1934 consiste na versão sul-americana da Constituição de Weimar, Bester (2005, p. 53, destaque no original) ensina que, no Brasil, a preocupação com os direitos sociais e com o coletivo chegou ao seu ápice com a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, por prever uma ampla gama de direitos positivos, além de alargar “[...] a proteção dos *hipossuficientes*, seguindo a orientação do constitucionalismo alemão da época de Weimar: *aos que têm menos na vida, mais no Direito*”. A história do constitucionalismo brasileiro, assim como dos demais países, não aconteceu de maneira linear e nem sempre com o real progresso na defesa dos direitos fundamentais do homem. Exemplificando: as Constituições de 1937, que instituiu o Estado Novo, e a de 1967, que instalou o regime militar, buscaram legalizar (ainda que sem legitimar) a concentração de poderes pelo Executivo e a redução, quase por completa, do valor “liberdade”.

Ainda assim, é possível afirmar que o caminho percorrido pelo movimento constitucionalista nacional, com seus avanços e retrocessos, contribuiu necessariamente para o reconhecimento dos valores entendidos como essenciais aos indivíduos e atualmente consagrados na Carta brasileira de 1988. A admissão de direitos inerentes aos seres humanos, independentemente da classe social e/ou política ocupada, culminou na imperiosa limitação do poder estatal, ao mesmo tempo em que requereu a prestação de condições materiais indispensáveis à autodeterminação dos indivíduos. Somaram-se às convicções liberais os preceitos sociais, e a união dos elementos fundamentais dessas concepções configura-se no

ambiente ideal para o cumprimento da finalidade legitimadora do Estado: a efetiva proteção dos indivíduos.

Para a concretização dos objetivos estatais, mostrou-se imprescindível não apenas a limitação do seu poder, materializada pela elaboração de um documento constitutivo do Estado e pela sua forma de organização e exercício políticos, como a tripartição de poderes ou a adoção do regime democrático, mas, também, a previsão de um conjunto de direitos fundamentais – negativos e positivos – como expressão da dignidade da pessoa humana. A ausência de qualquer um desses componentes resulta na incompleta defesa dos indivíduos. Por isso, esse capítulo dedica-se ao estudo da origem e das características dos conceitos de Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da separação dos poderes e sua relação com a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, já que constituem fenômenos que carregam em suas definições os valores básicos sobre os quais se instituiu e se justifica o Estado brasileiro.

2.1 O Estado Democrático de Direito

Apesar da existência de diversos conceitos e inúmeras justificações, nos dias atuais apenas é possível conceber o Estado como Constitucional (CANOTILHO, 1998, p. 86-87). É com base nessa afirmação que Canotilho inicia seu estudo sobre as qualidades do Estado Constitucional, identificando suas características essenciais: o Estado de direito e o Estado democrático. Com o objetivo de estabelecer uma conexão interna entre a democracia e o Estado de Direito, o Estado Constitucional deve organizar-se de forma a resguardar o pluralismo histórico, cultural e ideológico pertencente às sociedades, sempre com base na lei e submetido a ela. Por isso, o Estado Constitucional moderno “[...] tem de estruturar-se como *Estado de direito democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo” (CANOTILHO, 1998, p. 87, destaque no original), não se restringindo à ideia de Estado limitado por uma Constituição.

A partir disso, Canotilho (1998, p. 93-94, destaque no original) explica que a inclusão do elemento democrático para compor o conceito do Estado Constitucional decorreu não apenas de uma necessidade de travar o poder, mas também de legitimá-lo, sendo que o “Estado impolítico” era incapaz de justificar uma ordem de domínio e de exercício do poder político:

Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação

democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.

De igual modo, Silva (1988, p. 15-16, destaque no original) afirma que o Estado Democrático de Direito concilia os elementos democracia e Constituição, mas ressalta que este não se resume na reunião formal desses dois tipos de Estado, e sim “Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo*”. Com o propósito de chegar à definição e ao significado de Estado Democrático de Direito, o autor faz uma análise do desenvolvimento e dos fundamentos que o compõe.

Silva (1988, p. 16) explica que o Estado de Direito, conceito tipicamente liberal, foi instituído como uma reação da sociedade burguesa ao absolutismo monárquico vigente na primeira versão do Estado Moderno, tendo como objetivos principais assegurar o princípio da legalidade (submissão da atividade estatal à lei) e, por consequência, garantir as liberdades individuais da coletividade. Para atender a essas finalidades, algumas características básicas solidificaram-se nessa espécie de Estado, sendo elas:

a) submissão ao império da lei, que era nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativos, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais (SILVA, 1988, p. 16).

Além da forma jurídica baseada na hierarquia das leis, a sistematização de um conjunto de direitos fundamentais próprios também integrou o conteúdo do Estado de Direito, sendo que esse tipo de Estado

[...] mesmo em sua acepção liberal originária, não é conceito a ser utilizado descontextualizado de seus vínculos materiais, para não se cair na deformação do Estado Legal. Deve-se tratá-lo nos seus vínculos externos e, aqui, vemos que, desde os primórdios, ele se confunde com o conteúdo global do liberalismo, como dito acima. O que se impõe é que, à própria ideia de Estado de Direito esteja adscrito um conteúdo específico, sob pena de que sua própria ideia seja perdida (STRECK; MORAIS, 2014, l. 62).

Nesse sentido, Novais (2006, p. 106-104) ensina que a distinção do Estado de Direito liberal dos demais tipos consistiu, justamente, na adoção de uma perspectiva material de legitimação do poder. Ou seja, para além da limitação do agir estatal com base na lei (perspectiva formal), foram instituídos valores reservados à proteção dos direitos naturais dos indivíduos, que também condicionavam a atuação do Estado. Contudo, o desenvolvimento desse Estado aproximou-se quase que exclusivamente dos seus aspectos instrumentais, principalmente porque [...] a burguesia transferia para o direito positivo as suas aspirações de segurança e estabilidade, ao mesmo tempo que colocava na defesa dos *direitos adquiridos*, dos *direitos privados*, o essencial da reivindicação da autonomia individual (NOVAIS, 2006, p. 111, destaque no original).

A neutralidade inicial imposta ao Estado Moderno liberal e o modelo econômico adotado, o capitalista, intensificaram as desigualdades sociais e impediram que as camadas sociais financeiramente desfavorecidas exercessem as liberdades formalmente conquistadas, impondo uma atuação positiva do Estado, ligada ao fornecimento de condições materiais essenciais à concretização dos direitos de liberdade. A inoperância da liberdade política como liberdade restrita, decorrente de um liberalismo que, na sua formulação habitual, não conseguia resolver os problemas essenciais de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, culminou na sua irremediável crise (BONAVIDES, 2007, p. 190). Constatada a insuficiência do Estado negativo para a proteção dos indivíduos,

[...] a percepção minimalista do Estado, atuante apenas para a segurança individual, é, senão desfeita, deslocada, pois a sua função passa a ser a de removedor de obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens, pois, com um maior número de indivíduos podendo usufruir das mais altas liberdades, estar-se-ia garantindo efetivamente o cerne liberal, qual seja: a liberdade individual, dando-se valor novo e fundamental à igualdade de oportunidades e a uma certa opção solidária (STRECK; MORAIS, 2014, l. 42-43).

Assim, os regimes constitucionais ocidentais passaram a prometer “[...] explícita ou implicitamente, realizar o Estado social de Direito, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais” (SILVA, 1988, p. 18). Para corrigir as disfunções do individualismo liberal, buscou-se compatibilizar os valores clássicos conquistados pela classe burguesa com as demandas sociais, por intermédio de prestações estatais que visassem à satisfação dos interesses/necessidades coletivos, havendo, inclusive, uma redefinição da lei, antes aplicada abstratamente para fins de garantia dos direitos individuais:

Neste quadro, esvai-se a noção de legalidade própria do ideário liberal, pois a lei passa a ser utilizada não mais apenas como ordem geral e abstrata, mas, cada vez mais, apresenta-se específica e com destinação concreta – a generalidade da lei era considerada fulcro do Estado de Direito. Deste modo, a lei passa a ser compreendida como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais (STRECK; MORAIS, 2014, l. 63).

Porém, essa concepção de Estado Social de Direito também foi insuficiente para a proteção legítima e integral dos direitos fundamentais do indivíduo, na medida em que qualquer ideologia podia acolhê-la, principalmente porque não apenas a palavra Direito comporta várias interpretações, como também a palavra social (SILVA, 1988, p. 18-19). Sobre isso, Bonavides (2007, p. 184), ao diferenciar o Estado Social do socialista, explica que aquele conserva a adesão do Estado Liberal à ordem capitalista, acabando por se compadecer “[...] com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais”. E continua: a compatibilidade do Estado Social com os mais variados regimes políticos (democracia, fascismo, nacional-socialismo e etc.) é evidenciada pelos exemplos da Alemanha nazista ou da Itália fascista, ambos qualificados como sociais.

Outro fato que demonstrou a ambiguidade desse Estado foi a utilização da palavra social para qualificá-lo, o que indicou uma tendência neocapitalista (controle econômico monopolista) e de petrificação do *Welfare State*:

Talvez, para caracterizar um Estado não-socialista preocupado, no entanto, com a realização dos direitos fundamentais de caráter social, fosse melhor manter a expressão Estado de Direito, que já tem uma conotação democratizante, mas, para retirar dele o sentido liberal burguês individualista, qualificar a palavra Direito com o social, com o que se definiria uma concepção jurídica mais progressista e aberta, e então, em lugar de Estado social de Direito, diríamos *Estado de Direito social* (SILVA, 1988, p. 19).

Especificamente quanto aos países da América Latina, como no caso brasileiro, Streck; Morais (2014, l. 54-55) advertem que o intervencionismo estatal se confundiu historicamente com as práticas ditatoriais, estando sempre ligado “[...] ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo”, o que contribuiu para o aumento das distâncias sociais existentes:

De todo modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista, como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se, na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito (STRECK; MORAIS, 2014, l. 54-55).

Tanto o Estado Liberal como o Social, ainda que constituídos sob uma ordem jurídica destinada à sua limitação, mostraram-se incapazes de justificar a origem e de legitimar o exercício do poder daqueles que o detinham de forma igualitária e de acordo com condições que melhor garantissem o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos a ele submetidos. O primeiro, porque fundando em elemento absolutamente formal e abstrato – generalidade das leis como instrumento concretizador da igualdade – e, o segundo, porque incapaz de assegurar a justiça social e a efetiva participação do povo no processo político. Com isso, surgiu a recente concepção de Estado Democrático de Direito, como Estado de Justiça Social, que se funda no princípio da soberania popular, ou seja, na incorporação de participação, direta e/ou indireta, do povo em todas as questões relacionadas à coisa pública (SILVA, 1988, p. 20-21).

Se o desenvolvimento da função estruturante da Constituição (com o progressivo estabelecimento da justiça constitucional), compensa, de algum modo, a *desvalorização* do papel da lei ordinária e os limites da justiça administrativa, é, sobretudo, na revitalização, aprofundamento e generalização das regras da democracia política que o Estado de Direito encontra as contrapartidas que lhe permitem assumir o novo princípio *social* sem perda de legitimidade (NOVAIS, 2006, p. 207, destaque no original).

Ressaltando que o conceito de Estado Democrático de Direito não se restringe à mera junção dos elementos que compõem a noção de Estado de Direito e de Estado Democrático, Silva (1988, p. 22) afirma que esse tipo de organização política “[...] aparece como a fórmula institucional em que atualmente, e sobretudo para um futuro próximo, pode vir a concretizar-se o processo de convergência em que podem ir concorrendo as concepções atuais da democracia e do socialismo”. De igual modo, Streck; Moraes (2014, l. 63) ensinam que, ao contrário do Estado Social de Direito, a ordem jurídica contemporânea, constituída sob a concepção de Estado Democrático de Direito, possui conteúdos que visam transformar a realidade social, não se contentando com a mera adaptação melhorada das condições sociais existentes:

Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.

Em complemento ao núcleo essencial protegido pelo liberalismo agregado à questão social, as características inéditas incorporadas pelo Estado Democrático de Direito possibilitam a materialização do ideal de igualdade, imprescindível para a proteção do indivíduo enquanto valor central da ordem política, especialmente quando permite a indistinta participação e controle da sociedade nas decisões estatais e prevê instrumentos capazes de identificar as diferentes posições em que se encontram seus membros, para, a partir disso, estabelecer meios de equipará-los (igualdade material) e de lhes propiciar condições mínimas ao exercício da liberdade (dignidade da pessoa humana):

À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil (STRECK; MORAIS, 2014, l. 67).

Portanto, ao lado dos princípios da legalidade, da divisão dos poderes e da igualdade, abstratamente reconhecidos, somam-se o da constitucionalidade; o democrático; o da justiça social; o da segurança jurídica, além do reconhecimento dos direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais e culturais) e a instituição dos respectivos meios de proteção, essenciais para a consecução das finalidades do Estado Democrático de Direito. A criação, organização e atuação do Estado, fundadas numa Constituição rígida, originada da vontade popular e dotada de supremacia (princípio da constitucionalidade), que elege como regime político a democracia representativa e participativa (princípio democrático), consiste na fórmula adequada para que, por intermédio da lei (princípio da legalidade), sejam realizadas intervenções estatais que modifiquem diretamente a realidade social e, assim, assegurem os valores essenciais do ser humano:

[...] pode-se dizer que o Estado Pós-Social pode e deve ser analisado na perspectiva positiva da superação do Estado Liberal e do Estado Social, agregando desses as dimensões dos Direitos Fundamentais da liberdade e igualdade, acrescentando a participação e a força normativa da Constituição rígida como elementos característicos do Estado Democrático Constitucional (ZANETI JR., 2011, p. 40-41)

Em análise ao princípio do Estado de Direito Democrático na Constituição Portuguesa de 1976, Canotilho (1998, p. 249) ensina que este possui um conceito constitucionalmente

caracterizado, onde se conjugam elementos formais e materiais, sendo que a divisão dos poderes, a legalidade da administração, a independência dos tribunais e a vinculação do juiz à lei, e a garantia de proteção jurídica e o acesso ao Judiciário podem ser identificados como componentes formais desse princípio. O autor ressalta, ainda, que a observância do referido princípio está intimamente ligada à concretização de certos subprincípios, dentre eles: a) os da supremacia da lei e da reserva da lei, que apontam para a vinculação jurídico-constitucional do Poder Executivo; b) o da segurança jurídica e da proteção de confiança dos cidadãos, que impõem uma necessária conformação formal e material dos atos legislativos; c) o da proibição de excesso, que limita o Poder Executivo; e d) o da proteção jurídica e das garantias processuais (CANOTILHO, 1998, p. 249-270).

No âmbito nacional, a Constituição configura o Estado brasileiro como Democrático de Direito (art. 1º, da CF), utilizando o vocábulo “democrático” para qualificar a palavra “Estado”, e não “Direito”, como ocorre na Constituição portuguesa. Ao comparar esses dois documentos, Silva (1988, p. 21) ensina que referida diferença é meramente formal, porém, indica a expressão brasileira como a mais adequada, já que, a partir dela, é possível afirmar que os valores da democracia irradiam sobre todos os elementos constitutivos do Estado e sobre a sua ordem jurídica. Essa assertiva é corroborada ao longo de todo o texto constitucional, merecendo destaque o inciso IV, do artigo 1º, que identifica os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado brasileiro; os incisos I e III, do artigo 3º, que elege como objetivos básicos da República, respectivamente, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e o artigo 170, que impõe à ordem econômica nacional a finalidade de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Referidos dispositivos evidenciam a preocupação do constituinte em conciliar os ideais liberais com o viés coletivo, mediante efetiva modificação na realidade brasileira. Sem desconsiderar a livre iniciativa econômica, esta passa a ser adjetivada por elementos ligados à justiça social, materializado especialmente na ideia de função social (art. 170, inc. III, CF). Para a efetiva realização desses fundamentos e objetivos, Novais (2006, p. 207-208, destaque no original) assevera a imprescindibilidade da adoção do regime democrático, como forma de organização e de exercício legítimo de poder político capaz de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, sem qualquer discriminação:

[...] com a extensão exigida pela actual (sic) compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e

protecção (sic) em regime democrático. Desde logo, porque sem o reconhecimento geral dos *direitos políticos* – só concebível numa situação democrática – a esfera de autonomia individual seria decisivamente amputada; mas também – e sem que isso signifique qualquer ideia de funcionalização ou despersonalização dos direitos – porque são radicalmente distintos o alcance e as margens de actuação (sic) dos restantes direitos fundamentais num quadro democrático ou num contexto autoritário tendencialmente desvalorizador da personalidade individual.

Todavia, a importância da vontade popular na formação e na tomada das decisões estatais não implica na inobservância dos fins últimos do Estado, sob o argumento de ausência de apoio da maioria. Os elementos formais e materiais que integram o conteúdo do Estado Democrático de Direito devem coexistir de maneira perene e complementar, sempre tendo como valor supremo a protecção dos indivíduos enquanto sujeito de direitos. Nesse sentido,

[...] o Estado social e democrático de Direito não eleva a vontade popular democraticamente expressa a fonte incondicionada de poder absoluto, na medida em que acolhe a autonomia individual e a dignidade da pessoa humana como limite originário do seu poder e valor vital e indisponível da ordem comunitária (NOVAIS, 2006, p. 211-212).

A centralidade humana subordina a ordem política, permanentemente condicionada à lei, a um conjunto de preceitos necessários à defesa suficiente da pessoa, além de impor a previsão e a instituição dos respectivos e adequados mecanismos de promoção dessa finalidade. Ao mesmo tempo em que a protecção dos direitos fundamentais serve como justificativa para a limitação da atividade estatal, referida intenção legítima a interferência econômica e social do Estado, por intermédio de suas funções, para assegurar os direitos fundamentais daqueles que possuem pequena representatividade política.

Com base nisso, podem ser identificadas três dimensões do Estado Democrático de Direito: a) a primeira, denominada material, visa tutelar os direitos fundamentais, que funcionam como limite e legitimação do poder estatal; b) a segunda, conhecida como social, determina o fornecimento de condições objetivas para o desenvolvimento da liberdade e personalidade dos indivíduos; e c) a terceira, entendida como axiológica, que reconhece a força vinculante dos direitos fundamentais, que afeta não apenas a administração e os poderes constituídos, mas também o próprio poder constituinte originário, sendo que “[...] o poder de autodeterminação democrática da sociedade no Estado de Direito inscreve-se originária e obrigatoriamente nos limites demarcados por aquela vinculação material” (NOVAIS, 2006, P. 212-213).

É nesse sentido que os institutos formais e o desenvolvimento das funções estatais do Estado Democrático de Direito precisam ser conformados: ao se reconhecer a dignidade da pessoa humana e, por consequência, os direitos fundamentais como elementos básicos da organização política da sociedade, a estruturação e a prática da atividade estatal deve ocorrer da forma a materializar integralmente esses valores, a fim de que se evitem promessas constitucionais vazias de concretização e de ilegítimo exercício de poder. Essa tarefa incumbe ao Estado, abarcando todas as funções que lhe são atribuídas, uma vez que, apenas desse modo, é possível atender o processo de significação do homem inerente à concepção de Estado Democrático de Direito.

O conteúdo finalístico estatal – composto, sobretudo, pela dignidade da pessoa humana – delimita e orienta o Estado, além de determinar a previsão e a implementação dos respectivos meios de concretização e de correção das possíveis falhas do sistema, servindo como justificativa para que as funções do Estado atuem não apenas como responsáveis pela sua proteção, mas também como fiscalizadoras umas das outras. Essa possibilidade de controle do poder pelo próprio poder só faz sentido se, constatadas eventuais deficiências no cumprimento dos encargos distribuídos, estas puderem ser corrigidas pelas demais funções.

2.2 A dignidade da pessoa humana

A acepção contemporânea de dignidade da pessoa humana, como valor ínsito ao indivíduo, tem origem religiosa, mais precisamente na tradição judaico-cristã, que confere ao ser humano um lugar distinto no universo, por ser a única espécie criada à imagem e semelhança de Deus. O valor próprio atribuído aos seres humanos e o dever imposto no velho testamento de amor ao próximo influenciaram na formação de elementos que compõem o conteúdo de dignidade: individualismo, igualdade, solidariedade (BARROSO, 2014, p. 15).

Com o enfraquecimento da igreja católica, principalmente diante da sua utilização como meio de justificação e de manutenção de uma hierarquização social, e o consequente desenvolvimento dos ideais iluministas, amparados numa maior centralidade do homem e na possibilidade de tomar livremente as suas decisões, a definição de dignidade migra para o campo filosófico, onde passa a ser associada à razão humana e à capacidade de autodeterminação do indivíduo:

Embora não se devam ignorar as contribuições dos teóricos contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau – com suas importantes ideias de direito

natural, liberdade e democracia, respectivamente –, foi apenas com o Iluminismo que o conceito de dignidade humana começou a ganhar impulso. Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do autoritarismo, da superstição e da ignorância, que a manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais (BARROSO, 2014, p. 18)

Dentro desse movimento surge importante contribuição do filósofo Immanuel Kant para o conceito de dignidade. Sob a fórmula do agir “de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca//simplesmente como meio”, Kant (2007, p. 69) atribui ao homem, enquanto ser racional, um valor incondicionado, que obsta qualquer conduta destinada à sua objetificação.

Devido às atrocidades vivenciadas na Segunda Guerra Mundial, marcadas pelo totalitarismo e os consequentes genocídios acentuado desse período, “[...] a dignidade humana foi incorporada ao discurso *político* dos vitoriosos como uma das bases para uma longamente aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos” (BARROSO, 2014, p. 18-19, destaque no original). A sua inclusão no mundo jurídico ocorreu com a previsão da dignidade da pessoa humana em diversos documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e nas constituições dos Estados Democráticos, como a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919), bem como em razão da reaproximação do Direito com a moral e a filosofia política.

No caso brasileiro, atualmente, a dignidade da pessoa humana está relacionada, pela Constituição Federal, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, CF), atuando como um valor nuclear do ordenamento jurídico, que inspira, legitima e limita a atividade de todos os poderes do Estado. Apesar do texto constitucional elencar a dignidade no rol dos elementos sobre os quais se estrutura o Estado brasileiro, nenhuma definição que indique sua natureza jurídica e seu conteúdo é encontrada no decorrer de todo o documento. Essa opção do constituinte encontra-se em completa harmonia com os valores inerentes à dignidade e seus reflexos na organização política, econômica e social do Estado Democrático.

Corolário da concepção humanista do texto constitucional, a dignidade da pessoa humana elege o indivíduo como valor supremo do ordenamento jurídico e determina a adoção de condutas e instrumentos destinados à defesa e à realização dos seus direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos. De acordo com a doutrina de Vieira (2006, p. 63), a dignidade associa-se a um conjunto de diversas condições ligadas à existência humana, como a vida, a

integridade física e psíquica, a liberdade, as condições materiais de bem-estar, e etc., o que permite caracterizá-la como multidimensional.

Como resultado, a dignidade atua como um feixe a partir do qual irradiam os direitos necessários para a sua concretização, sendo incabível, em qualquer hipótese, um juízo de ponderação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos reconhecidos implícita ou explicitamente pelo ordenamento jurídico nacional. Por isso, a dignidade não pode ser entendida como um direito conferido pelo Estado ao indivíduo, mas sim como um valor que antecede esse próprio Estado e, juridicamente, atua como princípio vetor de constituição e de atuação da ordem pública. Conforme concepção jusnaturalista, a consagração da dignidade de pessoa humana pela ordem jurídica constitutiva de um Estado “[...] parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado” (SARLET, 2002, p. 37).

Contrapondo-se à ideia de que as pessoas têm, por natureza, um valor intrínseco, Vieira (2006, p. 66) afirma que ninguém nasce com algum valor inerente, mas sim que lhe é conferido artificialmente pela sociedade. Com base nisso, o autor defende que a dignidade pode ter natureza jurídica tanto de princípio como de direito, e os diferencia ao explicar que a dignidade é “[...] um princípio derivado das relações entre as pessoas; e o direito à dignidade está associado à proteção daquelas condições indispensáveis para a realização de uma existência que faça sentido para cada pessoa”. Por outro lado, Sarlet (2002, p.66), sem negar, de maneira absoluta, a dignidade como qualidade inata do ser humano, ensina que esse princípio “[...] possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente”.

Entendida como um valor de justificação moral, bem como fundamento normativo dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana consubstancia-se em categoria axiológica aberta e, por assim ser, incapaz de ser conceituada de forma fixista, sob pena de esvaziamento do seu conteúdo,

[...] ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento (SARLET, 2002, p. 41).

Considerada (ou não) como atributo inerente à pessoa enquanto ser humano, a dignidade da pessoa humana tornou-se elementar do próprio Estado Democrático de Direito, funcionando como um supraprincípio constitucional, que estrutura, harmoniza e limita o poder estatal, para fins de impedir relações públicas e/ou privadas que desconsiderem o homem como um fim em si mesmo e resultem na sua instrumentalização. A partir dessas constatações, é possível afirmar que a determinação do conteúdo da dignidade está condicionada à realidade socioeconômica de cada Estado, assim como às particularidades do caso concreto, pois a delimitação precisa de seu conceito resultaria na inevitável inoquidade do referido princípio.

Muito embora a definição de dignidade e seu respectivo conteúdo sejam dotados de uma vagueza elementar da própria natureza jurídica desse instituto, que requer um constante desenvolvimento e concretização da práxis constitucional, Barroso (2014, p. 72) ressalta a necessidade de se estabelecer um conteúdo mínimo para o conceito, “[...] a fim de unificar o seu uso e lhe conferir alguma objetividade”. Com base nisso, o autor identifica três elementos essenciais ao conceito de dignidade: 1) valor intrínseco do ser humano; 2) autonomia do indivíduo; e 3) as correspondentes limitações legítimas impostas em nome de valores sociais e do interesse público.

A explicação de cada um desses elementos abrange variadas áreas de conhecimento. Com efeito, Barroso (2014, p. 76-78) explica que a ideia de valor intrínseco, no âmbito filosófico, corresponde ao elemento ontológico da dignidade, ligado ao que é inerente a todos os seres humanos e por meio do qual decorrem os postulados antiutilitarista, manifestado no imperativo categórico kantiano, e antiautoritário, que afirma a existência do Estado para o indivíduo. Juridicamente, o valor intrínseco impõe a inviolabilidade da dignidade e está na origem de diversos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à vida, direito à igualdade, o direito à integridade física e psíquica, sendo que “O direito à integridade física abrange a proibição da tortura, do trabalho escravo e das penas cruéis ou degradantes. É no âmbito desse direito que se desenvolvem discussões sobre prisão perpétua, técnicas de interrogatório e condições nas prisões” (BARROSO, 2014, p. 78). Nesse sentido, Sarlet (2002, p. 61) ressalta que

[...] também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de já exclusão de atos degradantes e desumanos), que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.

O segundo elemento, identificado por Barroso (2014, p. 81-82) como a autonomia da vontade, corresponde à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ou seja, o poder de reger livremente sua própria vida e de desenvolver sua personalidade, com base nas suas concepções. É nesse ponto que a autonomia se diferencia da liberdade: por se constituir no núcleo essencial da liberdade, identificado pelas escolhas pessoais do indivíduo (religião, profissão, concepções políticas, direitos sexuais e reprodutivos, e etc.), a autonomia não pode ser limitada externamente. Seu exercício demanda a existência de capacidade mental do indivíduo de tomar decisões (razão); de alternativas de escolhas; e a ausência de coerção e de privações essenciais (independência). No âmbito jurídico, a autonomia está subjacente aos direitos individuais e políticos, assim como ao conceito de mínimo existencial, uma vez que

A igualdade, em sentido material ou substantivo, e especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos serem “livres da necessidade” (*free from want*), no sentido de que suas necessidades vitais essenciais sejam satisfeitas. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais — como educação básica e serviços de saúde —, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo (BARROSO, 2014, p. 85).

Acerca da autonomia, importante destacar o ensinamento de Sarlet (2002, p. 45), no sentido de que esta deve ser considerada em abstrato,

[...] como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

O terceiro elemento apontado por Barroso (2014, p. 87) é o valor comunitário, que representa o componente social da dignidade e diz respeito às condições externas da liberdade individual, identificadas pelos valores de um grupo social e pelas normas impostas pelo Estado. Assim,

O valor comunitário, como uma restrição sobre a autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos: 1. A proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; 2. A proteção dos direitos e da dignidade do próprio

indivíduo; e 3. A proteção dos valores sociais compartilhados (BARROSO, 2014, p. 88).

Esses elementos, qualificados por Barroso como essenciais ao conceito de dignidade, também podem ser identificados na definição apresentada por Sarlet (2002, p. 62, destaque no original) que afirma ser a dignidade a) a qualidade intrínseca e distintiva do ser humano (valor intrínseco); b) que implica num complexo de direitos e deveres fundamentais que veda qualquer ato degradante (valor intrínseco; antiutilitarismo) e assegura sua participação ativa (autonomia) e corresponsável (valor comunitário) no destino da própria existência e da vida em sociedade:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável (sic) nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Com base nesses elementos, nota-se que a dignidade da pessoa humana possui íntima relação com os direitos fundamentais, sendo “[...] simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade” (SARLET, 2002, p. 47).

Apesar de não se confundir com esses direitos, a materialização do princípio da dignidade ocorre por meio do reconhecimento e da proteção dos direitos fundamentais, na medida em que conduz à interpretação e aplicação dos direitos essenciais da pessoa humana, e esses atuam como normas necessárias à custódia da dignidade. Isso não significa “[...] que a dignidade não tenha um sentido autônomo e juridicamente relevante, como um direito que imponha deveres ao Estado e aos demais membros da sociedade (VIEIRA, 2006, p. 63).

Por se caracterizar como princípio aberto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais decorrem da dignidade da pessoa humana, visto que ela impõe o dever de garantia e de proteção de direitos necessários à promoção da autodeterminação do indivíduo, e esses direitos são, justamente, os direitos fundamentais. Conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana determina não apenas uma conduta negativa do Estado, mas também uma conduta positiva de prestação social, a fim de garantir condições mínimas de uma existência humana digna, identificadas como um “[...] conjunto de bens materiais e imateriais, além das utilidades

básicas, indispensáveis ao desenvolvimento autônomo e digno da pessoa humana, bem como do reconhecimento recíproco dos indivíduos em uma sociedade” (CAMBI, 2009, p. 393).

Numa perspectiva juspositivista, a imposição do fornecimento de condições básicas pelo Estado ao indivíduo, vinculada ao conceito de dignidade, pode ser deduzida principalmente do disposto no art. 170² da Constituição Federal, que elege como finalidade da ordem econômica nacional assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, a dignidade da pessoa humana, além de se constituir em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, CF), atua como vetor direcionador e legitimador da organização econômica e social brasileira.

Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama a adoção de ações que, além de preservar esse atributo humano, sejam capazes de fomentá-lo, especialmente mediante a criação de condições que possibilitem seu exercício e fruição. Com isso, a dignidade torna-se dependente da própria ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade) (SARLET, 2002, p. 47-48).

Porém, esse sentido prestacional desvincula-se da ideia de que a dignidade seria uma condição conquistada pelas ações do indivíduo e se manifesta na “[...] necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação” (SARLET, 2002, p. 50). Como reflexo dessa dimensão, dos princípios e das leis que compõem o arcabouço normativo brasileiro, e, mais amplamente, dos direitos inerentes aos seres humanos, o Estado, no exercício das funções, como na regulação, aplicação e execução do seu poder de punir, deve prever e criar mecanismos que assegurem a condição de sujeitos de direitos do ser humano, a fim de evitar que o homem seja reduzido a mero objeto suscetível às pretensões arbitrárias de uma sociedade.

2.3 O princípio da separação dos poderes e a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais

Embora parte da doutrina apenas denomine de Estado sociedades políticas com certas características bem definidas, a maioria dos autores reconhece como Estado toda sociedade organizada politicamente para fins de fixar as suas regras de convivência. Referida expressão

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

apareceu pela primeira vez na obra “O Príncipe”, de Maquiavel (1513), para representar situações regradas de convivência, mas foi no séc. XVI que a palavra Estado passou a ser utilizada para indicar sociedades políticas (DALLARI, 1998, l. 22). Acerca do tema, Maluf (2018, l. 30, destaque no original) ressalta que o conceito de Estado

[...] vem evoluindo desde a antiguidade, a partir da *Polis* grega e da *Civitas* romana. A própria denominação de Estado, com a exata significação que lhe atribui o direito moderno, foi desconhecida até o limiar da Idade Média, quando as expressões empregadas eram *rich, imperium, land, terrae* etc. Teria sido a Itália o primeiro país a empregar a palavra *Stato*, embora com uma significação muito vaga. A Inglaterra, no século XV, depois a França e a Alemanha, no século XVI, usaram o termo *Estado* com referência à ordem pública constituída. Foi Maquiavel, criador do direito público moderno, quem introduziu a expressão, definitivamente, na literatura científica.

Com base nisso, Dallari (1998, l. 22-23) reduz os diferentes posicionamentos acerca da existência do Estado em três grupos. O primeiro, no qual se destacam os estudiosos Eduard Meyer e Wilhelm Koppers, defende que o nascimento do Estado coincidiu com a vivência do homem sobre a Terra, pois, desde então, o indivíduo encontra-se “[...] integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo”. Um segundo entendimento é representado por aqueles que reconhecem uma sociedade anterior ao Estado, mas que, por razões de interesses públicos e/ou privados, o constituem. A última posição é a que defende um conceito concreto de Estado, ou seja, admitido apenas para determinadas formas de organização social.

Ao analisar a evolução histórica, ou seja, as suas formas fundamentais estatais adotadas no decorrer da história, Dallari (1998, l. 25-26) apresenta a seguinte ordem cronológica: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno, e ressalva que “[...] um Estado particular não é, em qualquer sentido, um fenômeno isolado, mas, de maneira mais ou menos consciente, influíram sobre ele as relações atuais e pretéritas dos demais Estados, ou seja, a evolução total das instituições dos Estados”. O estudo isolado do desenvolvimento do Estado contribui para o estabelecimento das características marcantes desse fato ao longo dos séculos, mas não permite afirmar que o caminho percorrido para o que hoje se entende como Estado contemporâneo tenha sido constante e livre de quaisquer interferências anteriores.

O Estado Antigo, caracterizado por sua natureza unitária e pela completa ingerência da religião na sua forma de organização política e social, começou a se definir nas antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, tendo como pressupostos a concentração de poder

nas mãos de um governante e a justificação divina dos direitos e deveres atribuídos aos membros da sociedade (DALLARI, 1998, l. 26). No mesmo sentido, Streck; Morais (2014, l. 19) definem a inexistência de divisão interior territorial e de funções e a estreita relação entre o Estado e a religião como as características fundamentais desse Estado, também conhecido como Teocrático, e destacam que essa forma estatal era [...] definida entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente”.

A participação dos indivíduos nas decisões políticas apenas teve início no Estado Grego que, apesar de reconhecer uma classe restrita de pessoas capazes de interferir nas decisões do Estado, foi tipificado como democrático. Sua característica mais fundamental foi a cidade-Estado (DALLARI, 1998, l. 26). De igual modo, o Estado Romano, no seu início, permitia que somente uma seleta parte da sociedade participasse diretamente do governo, sendo que a aquisição e a ampliação dos direitos das outras camadas sociais, que não os membros das famílias patrícias, ocorreu de forma lenta e gradativa.

A integração jurídica dos povos conquistados somente ganhou ênfase no Estado Medieval, que buscava um rompimento dos valores tradicionais, principalmente com relação à hierarquização social. Como elementos da organização política da Idade Média pode-se reconhecer o cristianismo, as invasões dos bárbaros e o feudalismo, sendo que

O cristianismo vai ser a base da aspiração da universalidade. Superando a idéia (sic) de que os homens valiam diferentemente, de acordo com a origem de cada um, faz-se uma afirmação de igualdade, considerando-se como temporariamente desgarrados os que ainda não fossem cristãos. Afirma-se desde logo a unidade da Igreja, num momento em que não se via claramente uma unidade política. Motivos religiosos e pragmáticos levaram à conclusão de que todos os cristãos deveriam ser integrados numa só sociedade política. E, como havia a aspiração a que toda a Humanidade se tornasse cristã, era inevitável que se chegasse à idéia (sic) do Estado universal, que incluísse todos os homens, guiados pelos mesmos princípios e adotando as mesmas normas de comportamento público e particular. A própria Igreja vai estimular a afirmação do Império como unidade política, pensando, obviamente, no Império da Cristandade (DALLARI, 1998, l. 27-28).

O nascimento de diversos Estados nesse período resultou, em sua grande maioria, das invasões bárbaras no território Romano, responsáveis pela introdução de novos costumes e pelo incentivo à independência política das regiões invadidas. Em razão das constantes invasões e guerras internas próprias desse período, e a conseqüente impossibilidade de desenvolvimento do comércio, toda a vida social passou “[...] a depender da propriedade ou da posse da terra, desenvolvendo-se um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados à

situação patrimonial” (DALLARI, 1998, l. 28). Os fatores mais determinantes do Estado Medieval podem ser assim resumidos:

A – permanente instabilidade política, econômica e social; **B** – distinção e choque entre poder espiritual e poder temporal; **C** – fragmentação do poder, mediante a infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, corporações, etc.; **D** – sistema jurídico consuetudinário embasado em regalias nobiliárquicas; **E** – relações de dependência pessoal, hierarquia de privilégios (STRECK; MORAIS, 2014, l. 20).

A instabilidade e a heterogenia desse período foram determinantes para a criação do Estado Moderno, estruturado com o propósito de estabelecer a ordem econômica, social e política da então sociedade medieval. A identificação dos seus elementos essenciais é divergente na doutrina, mas a maioria dos autores indica o território e o povo como condições materiais do Estado e a soberania como condição formal. Ao analisar as teorias desenvolvidas sobre o conceito de soberania, Dallari (1998, l. 32) sintetiza que a noção de soberania sempre está relacionada com a concepção de poder, sendo que a diferença entre as definições apresentadas pela doutrina se resumem na evolução do sentido político para o jurídico:

Concebida em termos puramente políticos, a soberania expressava a plena eficácia do poder, sendo conceituada como o poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências. Por esse conceito, largamente difundido, verifica-se que o poder soberano não se preocupa em ser legítimo ou jurídico, importando apenas que seja absoluto, não admitindo confrontações, e que tenha meios para impor suas determinações [...]. Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito. Como fica evidente, embora continuando a ser uma expressão de poder, a soberania é poder jurídico utilizado para fins jurídicos. Partindo do pressuposto de que todos os atos dos Estados são passíveis de enquadramento jurídico, tem-se como soberano o poder que decide qual a regra jurídica aplicável em cada caso, podendo, inclusive, negar a juridicidade da norma. Segundo essa concepção não há Estados mais fortes ou mais fracos, uma vez que para todos a noção de direito é a mesma. A grande vantagem dessa conceituação jurídica é que mesmo os atos praticados pelos Estados mais fortes podem ser qualificados como antijurídicos, permitindo e favorecendo a reação de todos os demais Estados.

As práticas governamentais adotadas pelo Estado Moderno também se alteraram com o tempo, passando do absolutismo à democracia. Da mesma forma, as finalidades estatais partiram dos ideais liberais ao Estado Social. Nesse ponto, é importante reiterar que o Estado Moderno surge justamente para pôr fim aos problemas políticos, econômicos e sociais do

período medieval e que possuíam estreita relação com a confusão existente entre a pessoa do governante e o Estado. Porém, a concentração de poder e a ausência de diferenciação do público e do privado, representada por uma falta de personalidade jurídica própria do governo, presentes nos primórdios do Estado Moderno, impediam que este reorganizasse a sociedade de maneira a assegurar, indistintamente, os direitos dos seus membros e atender aos interesses coletivos. Dessa forma, com o objetivo de assegurar a unidade territorial,

[...] as monarquias absolutistas se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, surgindo um poder de *imperium* como direito absoluto do rei sobre o Estado. Por outro lado, com esta postura, os reis constituíram-se como senhores dos Estados, do mesmo modo que faziam os senhores feudais do medievo, titularizando individualmente a propriedade do Estado (STRECK; MORAIS, 2014, l. 33).

Diante da expansão do capitalismo e do considerável poder econômico da burguesia, a monarquia absolutista, com o propósito de manter-se detentora exclusiva do poder político, encontrou-se compelida a favorecer os interesses dessa classe social, mediante adoção de políticas mercantilistas. Porém, com essa conduta e o progressivo fortalecimento da burguesia, o governo monárquico ofereceu condições que culminariam no seu próprio fim. Embasada nas teorias contratuais de constituição do Estado, que apesar de divergirem quanto aos motivos, são consoantes em afirmar que a sociedade é anterior ao Estado e que este surge para o indivíduo, por intermédio de um consenso coletivo, a burguesia iniciou movimentos destinados a desvincular o exercício do poder político das questões patrimoniais, bem como à limitação do poder por uma ordem jurídica legitimamente instaurada (STRECK; MORAIS, 2014, l. 36-38). Sobre o tema, Bonavides (2007, p. 41) ensina que a noção de direitos inerentes ao homem foi utilizada pela classe burguesa para se opor a ordem monárquica então vigente:

Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do *Estado de Direito*, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant. [...] A pugna decide-se no movimento de 1789, quando o direito natural da burguesia revolucionária investe no poder o terceiro estado.

Como expressão da Revolução Francesa (séc. XVIII), a consolidação do Estado Liberal buscou, como o próprio nome indica, o reconhecimento das liberdades individuais perante o estágio absolutista característico do primeiro modelo do Estado Moderno, com a consequente limitação das funções estatais, viabilizada pela técnica da separação dos poderes.

Referido instrumento, por ser inserir dentro da ideia de liberalismo, “[...] não implicava necessariamente determinada forma de governo, e tanto podia compadecer-se com o Estado democrático como, também, com a monarquia constitucional” (BONAVIDES, 2007, p. 46).

Bonavides (2000, l. 173) noticia que, apesar da conhecida sistematização do princípio da separação de poderes realizada por Montesquieu, esse instrumento teve precursores como Aristóteles e o filósofo inglês Locke que,

[...] menos afamado que Montesquieu, é quase tão moderno quanto este, no tocante à separação de poderes. Assinala o pensador inglês a distinção entre os três poderes — executivo, legislativo e judiciário — e reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa. Ao fazê-lo, seu pensamento é mais autenticamente vinculado à Constituição inglesa do que o do autor de *Do Espírito das Leis*.

Ao comparar os ensinamentos de Locke com a teoria desenvolvida por Montesquieu, Bonavides (2007, p. 46-47) destaca uma maior radicalidade do pensador francês, já que Locke defende a aplicação do referido princípio apenas para limitar o poder da monarquia perante a representação popular e com base somente na teoria dos direitos naturais oponíveis ao Estado e na virtude dos governantes, enquanto Montesquieu defende uma limitação do poder por intermédio da própria organização do Estado, ou seja, de forma menos abstrata:

Em Montesquieu o pessimismo dá o acento à doutrina contra o Estado, na consideração do próprio ordenamento estatal. Em Locke, era como se bastasse afirmar que o Homem tinha direitos para que a Humanidade de imediato os consagrasse, persuadida da superioridade do seu sistema de idéias (sic) e de governo como o mais conforme com a Natureza e a razão dos homens.

A doutrina da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu tornou-se tradicional justamente porque apresentou uma divisão precisa das funções do Estado. Com o fim de concretizar os ideais antiabsolutistas fortalecidos pela burguesia, o autor francês conduziu o seu raciocínio no conceito de liberdade, ou seja, no direito de fazer tudo o que a lei permite. Advertindo sobre uma tendência natural do homem em abusar do poder, Montesquieu explicou a necessidade de uma organização política em que este seja limitado pelo seu próprio exercício. Para tanto, o filósofo distinguiu três funções estatais: a executiva, a legislativa e a judiciária e afirmou que, a partir disso, é possível se falar em liberdade política:

A liberdade estará sempre presente, segundo o notável filósofo, toda vez que haja um governo em face do qual os cidadãos não abriguem nenhum temor recíproco. A liberdade política exprimirá sempre o sentimento de segurança,

de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcione às relações de indivíduo para indivíduo, sob a égide da autoridade governativa (BONAVIDES, 2000, l. 176).

Acerca do tema, Dallari (1998, l. 79) destaca que o mecanismo de separação dos poderes foi associado à ideia de Estado Democrático e contribuiu para o desenvolvimento da doutrina conhecida como sistema de freios e contrapesos, embasada na noção de harmonia entre as funções do Estado:

Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

Esse contexto político de nascimento da teoria de separação dos poderes demonstra que esta foi concebida como instrumento de oposição às práticas absolutistas, tendo como finalidade imediata o reconhecimento das liberdades individuais perante o Estado. Buscava-se, com isso, uma minimização do Estado, ou seja, uma redução das suas ações perante à organização social, sem se preocupar com as necessárias condutas afirmativas impostas por uma sociedade eminentemente desigual, como as que aderem ao modelo econômico capitalista. A liberdade está condicionada, de forma permanente, à existência de condições materiais para o seu exercício. Por isso, a divisão absoluta das funções do Estado mostra-se incompatível com o advento do Estado Social, instituído exatamente diante da necessidade de superação do liberalismo francês:

Como advento do Estado Social, os direitos subjetivos (individuais) precisaram ser completados pelos direitos sociais. Considerou-se que tão importante quanto se reconhecer a esfera de direitos necessários a assegurar a autonomia da vontade dos indivíduos é tomar a pessoa membro de uma sociedade. Os indivíduos não são atomizados ou alienados, nem precisam ser colocados uns contra os outros. A categoria dos direitos sociais reconhece os indivíduos que precisam um dos outros, que devem se reconhecer reciprocamente e colaborar para assegurar o convívio democrático de

liberdade e direitos em uma sociedade capaz de respeitar as diferenças e promover a justiça (CAMBI, 2009, p. 175-176).

A igualdade meramente formal do Estado Moderno liberal e as suas conseqüentes desigualdades econômicas, sociais e políticas impediam a prática da verdadeira liberdade humana, o que culminou no aparecimento do Estado Moderno social. Com isso, incumbiu-se ao Estado, como um todo, a finalidade de garantir condições materiais básicas aos indivíduos, imprescindíveis à garantia de sua liberdade. Essas condições são manifestadas pelos direitos fundamentais sociais, sendo que qualquer deficiência de uma das funções do Estado na sua promoção deve ser corrigida pelas demais.

Os direitos sociais, pertencentes à segunda dimensão dos direitos fundamentais e representados pelos direitos sociais, econômicos e culturais, “têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática”, reclamando “uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social” (SARLET, 2012, l. 252). Jurídicos institucionalizados inicialmente na Constituição Mexicana, de 1917, e na Constituição da República de Weimar (Alemanha), de 1919, os direitos fundamentais sociais podem ser conceituados, no âmbito da Constituição brasileira, como

[...] subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 70).

Verifica-se, pois, que a concretização desses direitos está estritamente ligada à função executiva do Estado, responsável por realizar os fins estatais de satisfação das necessidades coletivas, mediante aplicação das regras gerais e abstratas definidas pelo Legislativo. Previstos no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais) da Constituição Federal, os direitos fundamentais sociais são, conforme Sarlet (2012, l. 250), “autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º de nossa Constituição”. Desse modo,

[...] independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes

(com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2012, l. 250).

A Constituição Federal, ao conferir aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º), impõe ao seu destinatário a adoção direta de condutas, positivas e/ou negativas, destinadas à proteção e à efetivação desses direitos, sendo inconstitucional qualquer escusa, ação ou omissão que inobserve referida disposição. Assim, o caráter indeterminado da maioria dos direitos fundamentais sociais não implica na inexistência de direitos prestacionais definitivos do indivíduo em face do Estado. Sobre essa questão, Alexy (2008, p. 512) apresenta um modelo que “não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem”, mas “diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo”. Como resposta geral,

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração (ALEXY, 2008, p. 512).

Considerando que os direitos sociais, em regra, determinam uma atuação positiva do Estado, sua proteção e o seu exercício ocorrem, muitas vezes, de maneira insuficiente e postergada, quando não inexistente, principalmente porque, ao serem entendidos como caracteristicamente prestacionais, mencionados direitos exigem a realização de maiores despesas públicas para a sua concretização. Dentro desse contexto, instaura-se a problemática referente à postura mais ativa do Judiciário, questionando-se a possibilidade e em qual medida a função jurisdicional, cuja atribuição consiste na solução de conflitos de interesse mediante a aplicação coativa da lei, pode suprir eventuais omissões estatais relacionadas às prestações materiais vinculadas ao maior desenvolvimento da personalidade como finalidade do Estado social.

A superação da sistematização tradicional de divisão dos poderes parece a resposta mais adequada, na medida em que a aplicação desse princípio apenas se justifica se relacionada com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, principalmente diante do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro. Dessa forma, a doutrina da separação rígida constitui-se, atualmente,

em um dos “[...] pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda” (BONAVIDES, 2000, l. 186).

[...] muito embora as patologias pareçam indicar uma indevida intromissão do Judiciário em “questões políticas”, o que ocorre é o contrário. Ante o que sustentamos até aqui, o processo, no contexto pós-positivista, é uma abertura para a democracia, havendo de ser, outrossim, a finalidade do direito como um todo, pois somente no marco democrático existe a possibilidade de um Estado de Direito Constitucional. Nesse panorama, os direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental ao processo, são inseparáveis. Note-se: não haveria democracia sem direitos fundamentais e não haveria direitos fundamentais sem democracia (ZANETI JR., 2011, p. 49).

Contudo, essa necessidade de flexibilização está condicionada aos casos que ultrapassem a esfera do decidível, ou seja, vincula-se estritamente à garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, uma vez que “[...] não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais” (ZANETI JR., 2011, p. 34). Para as situações em que a Constituição Federal não deixou margem de discricionariedade ao administrador público, incabível a utilização do argumento da separação dos poderes para impedir que o Judiciário exerça seu papel moderador no sistema de freios e contrapesos:

O sistema de freios e contrapesos constitui a primeira correção essencial que se impôs ao referido princípio, como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional, bem que não estivesse ausente das reflexões de Montesquieu. [...]

Com esses institutos oriundo precisamente da impossibilidade de manter os poderes distanciados e construir entre eles paredes doutrinárias que os conservassem rigorosamente insulados, como queria a antiga doutrina, na palavra de seus mais acatados corifeus, o que ora se nos depara perante a realidade constitucional contemporânea é a verdade de que muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes (BONAVIDES, 2007, p. 75).

A tripartição de poderes não pode atuar como barreira intransponível para que o Estado, no exercício de sua jurisdição, imponha e/ou proíba condutas aos demais poderes – Legislativo e Executivo – a fim de que finde, ou ao menos reduza, evidentes violações aos direitos fundamentais do homem. Nesse sentido, Cambi (2009, p. 248, destaque no original) enfatiza que “Não é censurável o *protagonismo judiciário* quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da Constituição”.

Como fundamentos para a intervenção do Judiciário nas decisões de caráter eminentemente político, que desconstituem o argumento de deslegitimação democrática, Barroso (2012, p. 28) afirma a existência de dois: um de natureza normativa e outro filosófica. O primeiro, de caráter normativo, baseia-se na própria Constituição Federal, que atribui ao Judiciário o poder de invalidar decisões dos que exercem mandato popular, mediante simples aplicação das leis – constitucionais ou infraconstitucionais – ao caso concreto. Esse raciocínio também se enquadra nos casos de omissão do Legislativo e da administração pública:

A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.

O fundamento filosófico relaciona-se com as ideias de limitação do poder e respeito aos direitos fundamentais (constitucionalismo) e de soberania popular (democracia) inerentes à concepção de Estado Democrático Constitucional e que impõem à Constituição o dever de desempenhar dois papéis:

Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas (BARROSO, 2012, p. 28).

Destaca-se, ainda, que a defesa genérica da incapacidade institucional do Judiciário para valorar a atuação dos demais poderes (Executivo e Legislativo) na previsão, adoção e desenvolvimento de políticas públicas que visam à efetivação de direitos sociais gera uma presunção estéril e insuficiente para justificar a impossibilidade de intervenção desse poder na proteção e na efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais se inserem os sociais. Essa afirmação é corroborada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que veda a exclusão do Poder Judiciário da apreciação

de lesões ou ameaças aos direitos. Por intermédio de decisões racionais e motivadas, o Judiciário, na condição de guardião da Constituição,

[...] deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema (BARROSO, 2012, p. 31-32).

A legitimidade de atuação do Poder Judiciário, no sentido de impor, ou até mesmo determinar que os outros poderes se abstenham de praticar certa conduta, pressupõe a violação de direitos fundamentais; a omissão do Estado; e a definição de medidas adequadas e proporcionais para reverter a ilegal situação colocada sob sua jurisdição. Essas condições mantêm a harmonia e o equilíbrio entre as funções do Estado, a fim de que não se esvazie o princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal), estando em consonância com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e com a relevante posição conferida aos direitos fundamentais na concretização desse princípio, assim como na realização das finalidades estatais.

3 O DESCOMPASSO EXISTENTE ENTRE AS NORMAS LEGITIMADORAS DO DIREITO PENAL E A REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA

Ao analisar a origem das penas, Beccaria (1764, p. 25-28) ensina que os princípios fundamentais do direito de punir são encontrados no coração humano, e consistem, basicamente, na soma das parcelas de liberdade cedidas ao Estado para a conservação da ordem pública. Baseado na teoria do contrato social, o autor explica que o crescimento populacional e a conseqüente escassez dos recursos naturais originaram as primeiras sociedades e, diante da necessidade de se resistir a esses agrupamentos iniciais, novas sociedades foram se estabelecendo, porém sem findar a constante situação de guerra vivenciada a época:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo (BECCARIA, 1764, p. 26).

Esse contínuo cenário de conflitos entre as sociedades culminou na criação do Estado, responsável por possibilitar o exercício tranquilo do restante da liberdade pertencente aos indivíduos, sendo necessário, para tanto, a instauração de meios de proteção dessa instituição, “[...] pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros” (BECCARIA, 1764, p. 26-27). Surgem, assim, as penas como instrumento de defesa da ordem social:

Nota-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação só pode ser obstada nos seus efeitos sobre a sociedade por meios que impressionam imediatamente os sentidos e que se fixam nos espíritos, para contrabalançar por impressões vivas a força das paixões particulares, quase sempre opostas ao bem geral. Qualquer outro meio seria insuficiente (BECCARIA, 1764, p. 27).

A possibilidade de punir o indivíduo infrator foi conferida pelos homens e se legitimou exclusivamente na necessidade de propiciar um ambiente seguro para que os membros de uma sociedade exercessem a parcela de liberdade não renunciada ao Estado. Portanto, esse princípio, além de justificar o advento da pena, atua como limite para a sua incidência, sendo que o poder de punir apenas será legítimo se exercido para e na exata medida em que conserve a ordem pública. A partir disso, pode-se extrair a noção contemporânea de Direito Penal mínimo.

De acordo com Beccaria (1764, p. 29-30), os fundamentos que levaram à celebração do contrato social impuseram que o poder punir conferido ao Estado obedecesse determinadas condições, sendo elas: a) a necessidade de lei anterior que fixasse as penas de cada delito, necessariamente elaborada pelo poder legislativo; b) a existência de um poder independente, a quem competiria decidir sobre a violação ou não da lei pelo acusado (poder judiciário); e c) a cominação de pena proporcional (adequada, necessária e ponderada) ao caso em exame. Essas consequências estavam estritamente ligadas à principal finalidade de criação das penas – assegurar que os indivíduos exercessem sua liberdade de forma estável –, e podem ser verificadas nos atuais preceitos do Direito Penal.

Os motivos e as respectivas implicações apresentados por Beccaria acerca da origem das penas revelam, já no século XVIII, a preocupação do autor em justificar e legitimar o exercício do poder de punir conferido ao Estado, de forma a evitar eventuais excessos e/ou desvios de condutas relacionados a esse encargo. Por isso, a aplicação das penas não poderia ser vista como um fim em si mesmo, já que “Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime” (BECCARIA, 1764, p. 85). Verifica-se, pois, as importantes posições tomadas pelo autor acerca da estruturação do Direito Penal, no sentido de que está condicionado à proteção das liberdades dos seres humanos e, por essa razão, deve ser utilizado na estrita medida que cumpra essa função, prevenindo a prática de delitos.

Referidas concepções, a despeito de uma necessária profundidade e de um constante desenvolvimento segundo as formas de Estado assumidas ao longo da história e as condições socioeconômicas de cada país, mostram-se relevantes para a consolidação de sistemas penitenciários que observem a dignidade da pessoa humana enquanto atributo inafastável do indivíduo. Como reflexo dessa noção e da constituição do Estado brasileiro em Democrático de Direito, o ordenamento jurídico nacional, composto tanto por normas internas quanto por estrangeiras, encontra-se repleto de princípios e regras destinados à proteção desse valor inerente ao ser humano e, por consequência, à legitimação do Direito Penal.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, relaciona a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em seguida, e como manifestação da igualdade formal prevista no *caput* do artigo 5º, a Carta enuncia um extenso rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais de natureza individual, coletiva, social e política (Título II da CF). Para fins de resguardar, de maneira indistinta, direitos essenciais do ser humano, como a vida, a liberdade, a propriedade, a segurança e a própria igualdade, o constituinte não apenas veda condutas que violem esses bens jurídicos, como também

estabelece tratamento diferenciado para aqueles que se encontram em situações diversas (igualdade material); determina a adoção de condutas positivas pelo Estado; e prevê instrumentos de concretização dos direitos reconhecidos.

Especificamente quanto ao direito de punir, pressupõe-se a existência de lei anterior que tipifique a conduta e que preveja a respectiva sanção (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) (art. 5º, inc. XXXIX, CF), a ser fixada por meio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF); proíbe-se a tortura, o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III, CF) e as penas cruéis (art. 5º, inc. XLVII, alínea “e”, CF); exige-se a individualização da pena, abstrata e concretamente (art. 5º, inc. XLVI, CF); e preserva-se a integridade física e moral do preso (art. 5º, inc. XLIX, CF).

Ao Direito Penal objetivamente considerado cabe a definição do que é crime e a respectiva cominação das consequências de sua prática, constituindo-se, pois, em um conjunto de regras que concretizam o princípio da legalidade estampado na Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXIX):

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por *lei* o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais (TOLEDO, 1994, p. 21, destaque no original).

Além de determinar que as condutas criminosas sejam estabelecidas por lei em sentido estrito³, o princípio da legalidade compõem-se de outros requisitos indispensáveis à regulamentação da matéria, expressados nos seguintes subprincípios: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; e *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (TOLEDO, 1994, p. 22). Referidos preceitos adjetivam o substantivo “lei”, trazendo características que vão preencher o conteúdo e direcionar a incidência do princípio da reserva legal, a fim de evitar desvios e conferir real sentido e alcance à sua aplicação. Assim, a exigência de que a lei penal seja anterior⁴, escrita, estrita e certa complementa e efetiva a principal finalidade do princípio da legalidade: devida limitação do poder de punir.

3 De acordo com o art. 62, inc. I, “b”, da Constituição Federal, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa ao direito penal e processual penal.

4 Art. 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: [...]

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Por consequência, a aplicação da lei penal também deve respeitar uma série de princípios e regras destinados a concretizar o sistema acusatório vigente no país e os direitos de defesa do investigado/denunciado, observando um conjunto de preceitos que podem ser sintetizados na ideia de devido processo legal. Ainda que algumas normas incidam de maneira diferida na fase extrajudicial, determinadas garantias, como a do promotor natural, o direito à não incriminação ou à constituição de um advogado, devem ser absolutamente asseguradas, sendo que, com a instauração da lide, a aplicação dos princípios referentes ao regular processamento da ação passa a ser exigida integralmente.

Com isso, regras sobre aplicação da lei processual penal, legitimidade, competência, produção de provas e medidas cautelares, por exemplo, são reguladas pelo Código de Processo Penal, de forma a oportunizar o devido exercício da defesa pelo acusado, a busca da verdade real e, mais amplamente, contribuir para a formação de um conjunto de diretrizes necessárias à legitimidade do Direito Penal, principalmente porque o processo consiste no instrumento de sua aplicação:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (LOPES JÚNIOR, 2014, l. 29).

Expressamente consagrado na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso LIV), o princípio do devido processo legal, na sua face processual (*procedural due process*)⁵, trata-se de “[...] um princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. Assim, bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos os demais princípios dele defluiriam” (BADARÓ, 2018, n.p):

Em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões

⁵ Nery Júnior (2016. n.p) ressalta que a ideia de *due process of law* abarca não apenas a tutela processual, mas incide também sobre o direito material, o que autoriza caracterizá-lo de forma bipartida. Assim, no seu aspecto substancial, esse princípio atua de maneira mais ampla, já que direciona o conteúdo e a interpretação das normas que disciplinam as relações jurídicas. Como exemplo, o autor cita a Constituição norte-americana que, em seu art. 1º, secção 9ª, n. III, proíbe atos legislativos que considerem o cidadão culpado sem prévio julgamento (*bill of attainder*) e a edição de leis penais com efeito retroativo (*ex post facto law*).

motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá due process ou um processo **équo** (BADARÓ, 2018, n.p, destaque no original).

A fim de complementar o arcabouço normativo penal e, assim, contribuir necessária e cabalmente para a proteção da dignidade da pessoa humana, assumida como um dever jurídico estatal, a Lei de Execuções Penais (LEP), observando referido fundamento e o disposto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil⁶, enfatiza a finalidade preventiva da pena, notadamente em seus artigos 10 e 22, ao dispor sobre o dever do Estado em prestar assistência ao preso e ao internado, com o propósito de prevenção e ressocialização:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.
Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Mais amplamente, esses dispositivos, como reflexos do disposto no art. 59, *caput*, do Código Penal⁷ e do extenso rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, expressa e implicitamente reconhecido pelo ordenamento jurídico nacional, corroboram o entendimento de que o direito de punir ultrapassa a mera retribuição ao condenado pela prática de determinada infração, alcançando a finalidade de prevenir, individual e coletivamente, a ocorrência de novos delitos (teoria mista). Além disso, a Lei de Execuções Penais é composta de uma série de dispositivos que buscam assegurar o bem-estar do preso e a regular execução da pena, a fim de evitar eventuais excessos ou desvios:

Como norma jurídica de “dever ser”, no Art. 3º, a LEP impõe: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. O Art. 38 do Código Penal reitera esse princípio ao afirmar: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (MARQUES JÚNIOR, 2009, p. 148).

⁶ A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica – incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 678/1992, estatui em seu artigo 5º, item “6”, que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”, a fim de se resguardar o direito à integridade pessoal.

⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Para tanto, são previstas diversas medidas relacionadas à assistência material; à saúde; jurídica; educacional; social; e religiosa do encarcerado (art. 12 ao 25 da LEP) e que requerem adequada estrutura física e de pessoal para a sua completa efetivação. A fim de se proteger a dignidade do preso, materializada nos direitos e garantias fundamentais não atingidos pela sentença penal condenatória (vida; integridade física e moral; saúde; educação; trabalho; e etc), bem como realizar os ideais de ressocialização e de prevenção legitimadores do Direito Penal, o Estado, por meio de sua função administrativa, precisa executar as penas privativas de liberdade em estabelecimentos que forneçam instalações apropriadas à satisfação desses objetivos:

A LEP traz comandos com alta densidade normativa que focalizam o quadro interpretativo, limitando a ação dos juízes e promotores. Se, por um lado, o “respeito à integridade física e moral” permite questionamentos e interpretações divergentes sobre os conceitos de respeito e integridade, por outro, “estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” limitam radicalmente o foco de interpretação e coíbem interpretações divergentes. Da mesma forma, afirmar que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade” é uma restrição explícita à ação da Justiça e do poder Executivo. Embora a noção de “respeito” e “integridade moral” possam ser moralmente relativizadas, torna-se mais difícil criar entendimentos divergentes quanto à “integridade física” (MARQUES JÚNIOR, 2009, p. 149).

Verifica-se que o regramento penal brasileiro é composto por diplomas legais que buscam promover a dignidade da pessoa humana e, assim, atender os deveres jurídicos assumidos constitucionalmente, e também convencionados em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes), o que, em tese, legitimaria a aplicação do Direito Penal.

Ocorre que Estado, no exercício de sua pretensão de punir, especialmente no que se refere à função judicial e executiva, desvirtua-se da consecução dos direitos e garantias inerentes ao indivíduo, ao executar as penas privativas de liberdade de maneira completamente distante e, no mais das vezes, colidentes com os preceitos fundamentais que devem nortear toda a sua atuação:

[...] não é possível explicar o quadro de desrespeito aos direitos dos presos sob o argumento de uma suposta fragilidade ou omissão do direito brasileiro sobre

o tema. Ao contrário, embora os presos constituam, provavelmente, a minoria com poucas condições de participar do debate público no país, a legislação brasileira sobre seus direitos é considerada uma das mais avançadas do mundo. Não é possível culpar o direito (BARCELLOS, p. 2010, p. 48).

Assim, o presente capítulo reserva-se à definição dos fatos que contribuem para o completo descompasso existente entre o arcabouço normativo brasileiro e a realidade carcerária e, por consequência, para a absoluta deslegitimidade do Direito Penal, confrontando, nos dois primeiros subtítulos, os fundamentos que justificam e limitam o exercício do poder de punir e sua tendente maximização. Por fim, aborda-se o dever de custódia estatal, justamente diante da posição assumida pelo ente com relação aos seus custodiados, e são descritas, de forma ilustrativa, situações ilegais verificadas no sistema penitenciário nacional.

3.1 O *jus puniendi* e o Direito Penal simbólico

Formalmente, o Direito Penal pode ser conceituado como “[...] o setor ou parcela do ordenamento jurídico que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança [...]” (PRADO, 2011, p. 70). Por consequência, o citado sistema normativo “[...] refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (*conceito material*)”, o que permite afirmar que a função principal desse ramo do direito é a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade (PRADO, 2011, p. 70, destaque no original).

Essa função deve ser exercida com observância aos fundamentos, preceitos e objetivos do Estado Democrático de Direito, justamente porque a aplicação do Direito Penal, enquanto meio de disciplina da conduta humana na sociedade, autoriza a limitação de um dos mais importantes direitos fundamentais do indivíduo – a liberdade. E é essa liberdade, parcial e minimamente cedida pelo ser humano, para fins de resguardar a espécie e possibilitar o convívio social, que atua como fundamento e limite do direito de punir, sendo que “Todo exercício de poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo” (BECCARIA, 1764, p. 28).

Assim, a legitimidade do Direito Penal encontra-se intrinsecamente ligada ao efetivo cumprimento de sua função (segurança pública), com a menor restrição possível do direito à liberdade, voluntária e relativamente sacrificado ao bem geral (BECCARIA, 1764, p. 28).

Nesse sentido, a racionalidade desse sistema, consistente no exercício de poder logicamente planejado, por intermédio de um discurso jurídico-penal, impõe uma coerência interna que transcenda a sua não contradição e alcance um embasamento antropológico mínimo. Dessa forma, a racionalidade do sistema penal demanda não apenas a

[...] sua não contradição ou complexidade lógica, mas, ao contrário, requer também uma fundamentação antropológica básica, com a qual deve permanecer em relação de não contradição, uma vez que, se o direito serve ao homem – e não ao contrário –, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica ou ontologia regional do homem (ZAFFARONI, 2001, p. 16-17).

Além disso, o discurso jurídico-penal precisa ser socialmente verdadeiro, ou seja, realizado em alguma medida, o que fixa a sua necessária consideração como meio adequado para a obtenção dos fins propostos (verdade abstrata) e a sua aplicação de acordo com as normas regentes (verdade concreta). Inobservada qualquer uma dessas verdades, o Direito Penal passa a ser entendido como um dever ser, que torna “[...] *alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.* (ZAFFARONI, 2001, p. 18-19, destaque no original).

Por isso, a limitação ao direito de liberdade individual e, como reflexo, à dignidade da pessoa humana, só será legítima se, num juízo de valoração do bem jurídico a ser tutelado, ela puder se justificar, tendo em vista que a coerência indispensável à racionalidade do saber penal se manifesta na compreensão do homem como pessoa e, portanto, portador de direitos inerentes à essa condição.

Disso decorre a concepção de Direito Penal mínimo, composta, dentre outros princípios, pelo da subsidiariedade. Referida doutrina afirma que, ao contrário da ideia defendida pelo Movimento de Lei e Ordem (Direito Penal máximo), a finalidade do Direito Penal é a proteção apenas dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, que, em razão de sua importância, não podem ser protegidos pelas outras parcelas do ordenamento jurídico (GRECO, 2009, p. 24).

Dentro desse contexto, incide o princípio da intervenção mínima⁸ que, além de orientar o legislador no momento da criação e da revogação dos tipos penais, para que apenas os bens jurídicos de maior relevância social sejam tutelados penalmente, afirma a natureza subsidiária

⁸ Greco (2009, p. 24) afirma que, além do princípio da intervenção mínima, os princípios da dignidade da pessoa humana; da lesividade; da adequação social; da insignificância; da individualização da pena; da proporcionalidade; da responsabilidade pessoa; da limitação das penas; da culpabilidade; e da legalidade também são indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo.

do Direito Penal, já que, “Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade de intervenção drástica do Direito Penal” (GRECO, 2009, p. 25). Isso porque,

[...] de acordo com o enfoque minimalista, não só a importância do bem permite a criação da figura típica, mas, além de tal aferição, mister se faz que, ainda em um plano abstrato, o legislador chegue à conclusão de que os outros ramos do ordenamento jurídico, caso tentem protegê-lo, sozinhos, sem a intervenção do Direito Penal, não terão sucesso (GRECO, 2009, p. 74).

A natureza subsidiária do Direito Penal também deve incidir, de forma concreta, no momento de aplicação e de execução das sanções penais, principalmente em razão do disposto no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, que prevê um rol exemplificativo de penas (privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; e suspensão ou interdição de direitos), bem como inciso LXVI, do mesmo artigo, que veda a prisão quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O tradicional entendimento de que o princípio da subsidiariedade se resume em definir a necessidade ou não de uma resposta penal precisa ser superado, pois é na fase de execução da pena privativa de liberdade que se materializam as consequências de aplicação do sistema punitivo. Referida percepção

[...] olvida, primeiro, que a aplicação de um princípio deve se espalhar por todas as fases do percurso penal, não se esgotando em considerações de oportunidade de intervenção punitiva. Em segundo lugar – e aqui o que nos toca – deixa de utilizar o princípio da intervenção mínima exatamente na fase em que o Direito Penal ganha concretude: no momento da aplicação da pena privativa de liberdade (ROIG, 2015, p. 90).

Diante do caráter eminentemente rígido do Direito Penal, o Estado, ao exercer o controle social por intermédio desse meio formal de limitação das condutas pessoais e coletivas e em nome do interesse público, deve fazê-lo como sua *ultima ratio*, a fim de legitimar seu poder punitivo e respeitar a concepção do homem como sujeito de direitos. Verificada a necessidade de intervenção penal, esta deve acontecer de forma mínima, sendo que “[...] a própria eleição da espécie de pena a ser aplicada (*determinação qualitativa*) diante de uma cominação alternativa (ex.: detenção *ou* multa) deve ser cotejada pelo princípio da intervenção mínima” (ROIG, 2015, p. 91, destaque no original).

O direito de punir (*jus puniendi*), de titularidade exclusiva do Estado, permite a imposição de sanção criminal diante da prática de condutas delitivas, mas seu exercício está

condicionado à sua absoluta necessidade e ao respeito dos princípios e normas fundamentais do Estado Democrático de Direito. Todavia, as fantasias que circundam esse sistema e hierarquizam o Direito Penal, qualificando-o como único meio capaz de solucionar os problemas sociais, impedem a concretização desse ideal mínimo. Assim,

Os mecanismos ideológicos legitimadores do poder punitivo do Estado propagandeando a idéia (sic) de que a imposição deste sofrimento irracional aos autores das condutas conflituosas ou socialmente negativas, que a lei define como crimes, poderá trazer proteção, segurança e tranqüilidade (sic), alimentam e são alimentados com falsas crenças, partindo fundamentalmente da equivocada identificação da ação individualizada da criminalidade convencional com tradução da ideia de violência, identificação que se constrói basicamente através da ocultação de dados essenciais e da manipulação de sentimentos de medo e insegurança, de emoções provocadas por uns poucos crimes mais cruéis , por uns poucos fatos que comovem e assustam [...] (KARAM, 1994, p. 117-118).

Em razão da natureza rígida desse sistema normativo e da falsa percepção de que o Direito Penal é a única resposta para os problemas da violência e do aumento da criminalidade, a sociedade, por meio de seus representantes legais e do próprio Judiciário, utiliza referido ramo do direito como instrumento de poder, destinado ao controle daqueles entendidos como indignos de permanecerem no convívio social e, até mesmo, de garantia e de exercício dos direitos fundamentais:

Daí por que o estereótipo do delinquente brasileiro se fixa na figura do favelado. Pouco importa, pois, que, a maioria das mortes violentas esteja associada a acidentes de trânsito, e não a outros delitos com maior repercussão social. Nossa figura do matador não é um homem de classe média sentado no seu carro, e sim o assaltante armado, entrevistado pela imprensa sensacionalista (STRECK; MORAIS, 2014, l. 58)

A fim de conferir uma aparente punição às condutas delitivas e, assim, atender aos anseios coletivos, o Estado, por meio das suas funções legislativa e jurisdicional, supermenciona o Direito Penal, ao tipificar condutas absolutamente desarrazoadas; ao aumentar as penas abstrativamente cominadas; e ao aplicar a pena privativa de liberdade como regra. Essas medidas, além de violarem, principalmente, os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade, obstam a concretização dos objetivos da pena (prevenção geral e específica e ressocialização) e, por consequência, deslegitimam a existência e a aplicação do Direito Penal, que passa a ser um instrumento meramente simbólico de proteção de bens jurídicos.

Bauman também conclui pela deslegitimação do Direito Penal quando analisa os efeitos da globalização na vida humana. Numa tentativa de revelar as raízes e as consequências sociais da globalização, Bauman (1999, l. 58-59, destaque no original) ensina que o significado inicial desse fenômeno, desenvolvido com a intenção de produzir uma ordem social universal e conferir semelhantes condições de vida a todos, foi substituído pela ideia de indeterminação e autopropulsão dos assuntos mundiais, sendo que, atualmente, referido termo refere-se principalmente aos “[...] *efeitos* globais, notoriamente não pretendidos e imprevistos, e não às *iniciativas e empreendimentos* globais”. A intensificação dessa “desordem” mundial está direta e proporcionalmente relacionada ao crescente enfraquecimento dos agentes ordenadores habituais, ocasionado pela suposta insuficiência militar, econômica e cultural de cada Estado, difundida pela política de blocos da guerra fria:

A autossuficiência militar, econômica e cultural do Estado – de qualquer Estado –, sua própria auto-sustentação (sic), deixou de ser uma perspectiva viável. Para preservar sua capacidade de policiar a lei e a ordem, os Estados tiveram que buscar alianças e entregar voluntariamente pedaços cada vez maiores de sua soberania. E quando a cortina foi afinal descerrada, descobriu-se um cenário desconhecido, povoado por estranhas personagens (BAUMAN, 1999, l. 62-63).

Diante disso, o Estado tornou-se incapaz de realizar muitas das funções essenciais então lhe conferidas, principalmente no que se refere à promoção do equilíbrio dinâmico entre o consumo e a produção de mercadorias, sendo que “A própria distinção entre o mercado interno e o global ou, mais genericamente, entre o 'interior' e o 'exterior' do Estado, é extremamente difícil de manter senão no sentido mais estreito, de 'policimento do território e da população’ ” (BAUMAN, 1999, l. 64). A atual atividade estatal resume-se no mero exercício de repreensão para fornecimento de segurança às grandes empresas, com a constante isenção da economia do controle político, “O que quer que restou da política, espera-se, deve ser tratado pelo Estado, como nos bons velhos tempos – mas o Estado não deve tocar em coisa alguma relacionada à vida econômica: qualquer tentativa nesse sentido enfrentaria imediata e furiosa punição dos mercados mundiais” (BAUMAN, 1999, l. 65).

A partir disso, esquece-se do elemento justificador do poder de punir do Estado – garantia da ordem pública – em benefício daqueles que possuem real capacidade de governar a sociedade: as pessoas com efetivo poder aquisitivo. O Direito Penal é reduzido a mero instrumento de dominação daqueles entendidos como inúteis para sociedade de consumo, ou seja, aqueles que, apesar de quererem, não podem ser consumidores, “[...] pois não lubrificam

as engrenagens da sociedade de consumo, não acrescentam nada à prosperidade da economia transformada em indústria de turismo” (BAUMAN, 1999, l. 92).

Essa inutilidade culmina na estigmatização desses indivíduos e o método primordial de controle dessas pessoas indesejadas é o confinamento espacial, utilizado como uma forma de neutralizar a parcela da população desnecessária à produção:

O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça (BAUMAN, 1999, l. 109).

A polarização dos membros de uma sociedade em um grupo com capacidade de mobilidade (turistas) e um outro composto por pessoas impedidas de escolherem um lugar para ficar (vagabundos), além de acentuar as desigualdades sociais, revela situações repudiadas por aqueles que se encontram em posição de vantagem e que procuram, sempre, evitar sua queda para o “segundo mundo”. Nesse contexto, atribui-se os problemas de segurança pública aos indivíduos que possuem as características valoradas como negativas pela sociedade de consumo. Como resposta, os verdadeiros detentores do poder utilizam-se do Estado para reprimir e excluir, a qualquer custo e sob o pretexto de atender aos interesses coletivos, a parcela social estereotipada como criminosa:

Os tipos mais comuns de criminosos na visão do público vêm quase sem exceção da “base” da sociedade. Os guetos urbanos e as zonas proibidas são considerados áreas produtoras de crime e criminosos. E, ao contrário, as fontes de criminalidade (daquela criminalidade que realmente conta, vista como ameaça à segurança pessoal) parecem ser inequivocamente locais e localizadas (BAUMAN, 1999, l. 119).

Com o fim de demonstrar que o Estado brasileiro ainda se distancia (e muito) da ideia de democracia, na medida em que as funções estatais continuam sendo utilizados como meios de sustentação dos privilégios das elites e as questões sociais são enfrentadas como “caso de polícia” e não de políticas públicas de inclusão, Streck; Moraes (2014, l. 58) exemplificam que, no âmbito da legislação penal, o crime de adulteração de chassi de automóvel (reclusão de três a seis anos) possui pena abstrata superior ao de sonegação de tributos (detenção de seis meses a dois anos):

Mais, se alguém sonega tributos, tem a seu favor um longo e generoso REFIS; já na hipótese do ladrão de botijões, mesmo que ele devolva o material subtraído, não terá a seu favor os benefícios concedidos aos sonegadores. Do mesmo modo, a crise paradigmática conseguiu esconder muito bem (não esqueçamos que o discurso ideológico tem eficácia na medida em que não é percebido) o fato de que, com o advento da Lei nº 10.259/01, os crimes de abuso de autoridade, maus-tratos em crianças, sonegação de tributos, fraude em licitações, dentre muitos outros, foram transformados em *soft crimes*, isto é, em crimes de “menor potencial ofensivo” (*sic*), tudo sob o silêncio eloquente da comunidade jurídica.

Com efeito, a hipertrofia da lei penal, somada à ausência de pessoal e de infraestrutura exigidos para o seu amplo cumprimento, faz com que o Estado selecione os delitos que serão punidos e, respectivamente, as pessoas que estarão sujeitas ao seu distinto e, portanto, ilegal poder de punir:

Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade (GRECO, 2009, p. 139).

Referido contexto contribui necessária e significativamente para o completo quadro de ilegalidade que se instaura no momento de execução das penas privativas de liberdade, uma vez que isola e desconsidera o ser humano como sujeito de direitos, relativizando, ilegalmente, atributo inerente a sua condição de ser – dignidade da pessoa humana – e inobservando as finalidades abstratamente previstas de aplicação da sanção penal (prevenção geral e específica e ressocialização):

Provocando o isolamento, a estigmatização e a submissão ao inútil, profundo e desumano sofrimento da prisão daqueles que vão cumprir o papel de criminosos, o sistema penal faz destes poucos selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente (*sic*), mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, assim, como um poderoso realimentador da criminalidade [...] (KARAM, 1994, p. 118).

Dessa forma, o sistema penal atua ilegalmente, já que, diante da incapacidade de ser aplicado em todas os casos que requeiram, é moldado para incidir apenas sobre situações e pessoas previamente selecionadas pelos detentores do poder, que, na atual sociedade de consumo, correspondem àqueles que não possuem capacidade de compra. A organização e aplicação desse sistema é condicionada pelos interesses e para a proteção de bens jurídicos pertencentes a uma seleta parcela da sociedade, o que culmina na utilização do Direito Penal

como reforço das exclusões socioeconômicas características da sociedade capitalista. Zaffaroni (2001, p. 27, destaque no original) explica que

Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.

Essa operacionalidade ilegal do Direito Penal é resultado de um exercício do poder em desacordo com os princípios e as leis que fundamentam o discurso jurídico-penal e, extensivamente, o Estado Democrático de Direito, sendo que

A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem (ZAFFARONI, 2001, p. 27, destaque no original).

Não se tem dúvida que o aspecto simbólico desse sistema normativo, e as respectivas violações às normas que orientam e regulamentam sua existência e aplicação, resultando no completo desrespeito aos fundamentos e aos direitos indispensáveis à caracterização do Estado em Democrático de Direito, implicam no ilegítimo poder de punir. A questão de maior relevância é saber como prevenir e reverter os consideráveis efeitos negativos gerados por esse irracional *jus puniendi*.

3.2 A criminalização e a cultura do encarceramento

A falsa conclusão de que a aplicação do Direito Penal, especialmente no que se refere às penas privativas de liberdade, seria a solução mais adequada (proporcional e eficiente) para a prevenção e redução da violência é uma das grandes, senão a principal causa da deslegitimação desse sistema normativo e, por consequência, das incontáveis violações dos direitos fundamentais dos indivíduos distintamente escolhidos para se sujeitarem a essa esfera de poder. A crença absoluta na lei penal funciona como um prisma a partir do qual irradiam inúmeros outros fatores que contribuem para a completa falha do sistema, notadamente quanto à inobservância de princípios condicionantes ao legal exercício do poder de punir.

O princípio da subsidiariedade, por exemplo, cede lugar para a criação e a aprovação de novos tipos penais, sem que se verifique a relevância do bem jurídico a ser protegido, bem como a necessidade da respectiva tutela penal. Por outro lado, no caso do Brasil, como resultado da forma de governo adotada (republicana), a previsão e a implementação de políticas públicas relacionadas ao sistema penitenciário, especialmente aquelas que visam a resguardar os direitos essenciais dos presos, são absorvidas pela pressão popular, que clama por uma aplicação cada vez mais rigorosa, e muitas vezes ilegal, do Direito Penal.

A mídia exerce um importante papel no direcionamento da sociedade para a busca da maximização da lei penal, pois

[...] a formação do imaginário social sobre crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras as vezes, superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores da opinião pública, notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo (CARVALHO, 2010, p. 14).

Por outro lado, a ausência de representatividade e de demanda social em favor dos encarcerados auxiliam, intensificam e dificultam a superação das ilegalidades sofridas em todas as etapas da lei penal: elaboração, aplicação e, principalmente, execução. Isso porque,

Em nome do desejado maior rigor penal, permite-se e incentiva-se o desvio de princípios inerentes ao Estado de Direito: produzem-se e aplicam-se leis, que, à semelhança das legislações excepcionais criadas para a repressão política das ditaduras, se caracterizam pela violação de princípios de um direito penal minimamente garantidor, pelo claro desrespeito a normas constitucionais, sem que sofram maiores questionamentos quer por parte da sociedade, quer por parte dos operadores jurídicos (KARAM, 1994, p. 120).

Os possíveis custos políticos decorrentes da defesa da dignidade dos presos pelos representantes diretamente escolhidos pela sociedade diminuem, quase que por completo, as chances de se resolver as graves questões de direitos fundamentais do sistema penitenciário brasileiro por intermédio da democracia parlamentar ou de ações discricionárias do Executivo:

A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão,

também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente (BAUMAN, 1999, l. 113-114).

Nesse contexto, a função judiciária reveste-se de especial importância, principalmente porque, mais distante (não alheia) das reivindicações majoritárias, é capaz de defender os direitos da minoria e, assim, atender ao mandamento constitucional de garantia dos direitos fundamentais sem qualquer discriminação:

Neste quadro de intensificação das campanhas de lei e ordem, de apelo e aplauso à repressão penal, mais urgente se torna a necessidade de uma nova atuação da Justiça Criminal, que, a partir de uma compreensão crítica da função judiciária e da democratização do exercício de tal função, caminhe na contramão do discurso e da prática dominantes, de forma a dar conteúdo ético ao Direito Penal, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis de violência punitiva (KARAM, 1994, p. 121).

O dever atribuído ao Judiciário de minimizar os efeitos produzidos pelo poder punitivo decorre da própria opção política adotada pelo Estado brasileiro (Democrático de Direito),

Tendo em vista que a dimensão do significado de dignidade da pessoa humana e humanidade das penas abrange a necessidade de se evitar ao máximo que os sujeitos de direito sejam afetados pela intervenção do poder punitivo, e que a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, orientada no sentido da erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais e que promova o bem de todos mostra-se incompatível com a habilitação desmesurada e irracional daquele poder [...] (ROIG, 2015, p. 22).

A pena, enquanto monopólio de um Estado Democrático de Direito, precisa ser prevista, aplicada e cumprida em consonância com os fundamentos basilares desse sistema institucional de Estado e do regime de governo adotado, cabendo a todas as funções da República a garantia das respectivas normas incidentes. A omissão ou falha de uma delas não pode ser ratificada (comissiva ou omissivamente) pelas demais, sob o argumento genérico de separação dos poderes.

A imposição de ações conjuntas e convergentes destinadas ao respeito e à concretização do arcabouço normativo que autoriza caracterizar um Estado como Democrático de Direito reflete, então, na possibilidade de composição das eventuais deficiências de um dos poderes pelos demais, quando aquele se mostrar incapaz (histórica ou temporariamente) de cumprir os mandamentos fundamentais constitucionais. Para os casos impopulares, como a defesa da dignidade do preso, o Poder Judiciário assume importante papel, tanto no momento

de aplicação isenta da lei penal, como de apreciação e solução dos problemas relacionados às lesões aos direitos fundamentais do encarcerado.

Ocorre que, ao contrário disso, a função jurisdicional brasileira também contribui para a completa ilegitimidade do Direito Penal e, por consequência, para a considerável violação à dignidade do preso. O sistema penal nacional trata-se de um clássico exemplo de falha estrutural do Estado no exercício legal do seu poder de punir, já que decorrente de uma série de ações insuficientes e/ou omissões atribuíveis a todas as funções da República:

[...] o fenômeno do grande encarceramento que marca a política criminal nacional não está restrito à incorporação do populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas requer, para sua plena efetivação, que os atores com poder de decisão na cena processual penal entendam a diretriz punitivista como legítima, concretizando-a através da racionalidade jurídico-instrumental (CARVALHO, 2010, p. 59-60, destaque no original).

Os juízes, contaminados pelas ideias difundidas no Movimento de Lei e Ordem, intrinsecamente ligadas às novas dinâmicas das sociedades neoliberais, também acreditam que apenas a privação de liberdade seria a resposta adequada às questões de segurança pública, mormente no que pertine à redução da violência. Consequentemente, olvida-se dos princípios da subsidiariedade, da presunção de inocência, da legalidade e do direito à liberdade, em favor da regra do encarceramento.

De acordo com os dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões⁹ (CNJ, 2018, p. 22-25), no dia 06 de agosto de 2018, a população carcerária brasileira atingia o número¹⁰ de 602.217 pessoas, incluindo os presos civis e aqueles que cumpriam medidas de segurança. Desse número, 5% eram mulheres (29.453) e 95% homens (572.764). A quantidade de presos por estado¹¹ também foi individualizada (tabela 1):

Tabela 1: Presos no Brasil

⁹ O Banco Nacional de Monitoramento de Prisões consiste num sistema criado e implementado pelo Conselho Nacional de Justiça, em razão do julgamento do RE nº 641.320/RS, que tem por finalidade o cadastro de informações mais precisas sobre os presos brasileiros. Referido banco de dados é integrado nacionalmente e alimentado diretamente pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

¹⁰ No momento de elaboração do relatório, os Tribunais estaduais de São Paulo e do Rio Grande do Sul não haviam finalizado a alimentação do cadastro, sendo que São Paulo tinha apresentado 76,5% das informações e o Rio Grande do Sul ainda tinha aderido ao projeto (CNJ, 2018, p. 19).

¹¹ Os dados foram definidos pelo local da custódia e não pela área correspondente ao órgão responsável por inserir a informação no cadastro (CNJ, 2018, p. 23).

UF de Custódia	Quantidade de Privados de Liberdade	Percentual
AC	6.909	1,15
AL	4.634	0,77
AM	6.394	1,06
AP	2.856	0,47
BA	16.273	2,70
CE	20.795	3,45
DF	17.431	2,89
ES	21.287	3,53
GO	17.775	2,95
MA	10.421	1,73
MG	58.664	9,74
MS	22.644	3,76
MT	9.414	1,56
PA	15.706	2,61
PB	11.826	1,96
PE	27.286	4,53
PI	4.535	0,75
PR	27.420	4,55
RJ	77.950	12,94
RN	7.427	1,23
RO	8.667	1,44
RR	2.168	0,36
RS**	177	0,03
SC	20.434	3,39
SE	4.893	0,81
SP*	174.620	29,00
TO	3.604	0,60
Não definida***	7	0,00
Total	602.217	100%

Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

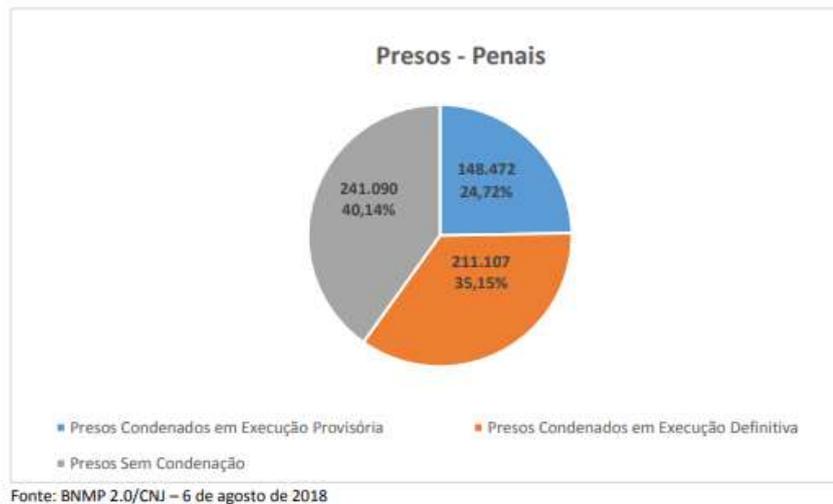
* O tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda não encerrou a alimentação. O TJSP, no dia 6 de agosto de 2018, já possuía 76,5% dos presos estimados cadastrados.

** O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ainda não iniciou a implantação. Os dados constantes referem-se aos presos alimentados por outros tribunais estaduais, cujo preso encontra-se custodiado no Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Federal da 4ª Região.

*** Não definida a unidade de custódia significa que o tribunal, quando da alimentação do cadastro, não informou o local de custódia.

Dentre as pessoas privadas de liberdade no âmbito penal (99,74%), foi possível identificar a natureza jurídica das prisões aplicadas no país (gráfico 1):

Gráfico 1: Natureza Jurídica das Prisões



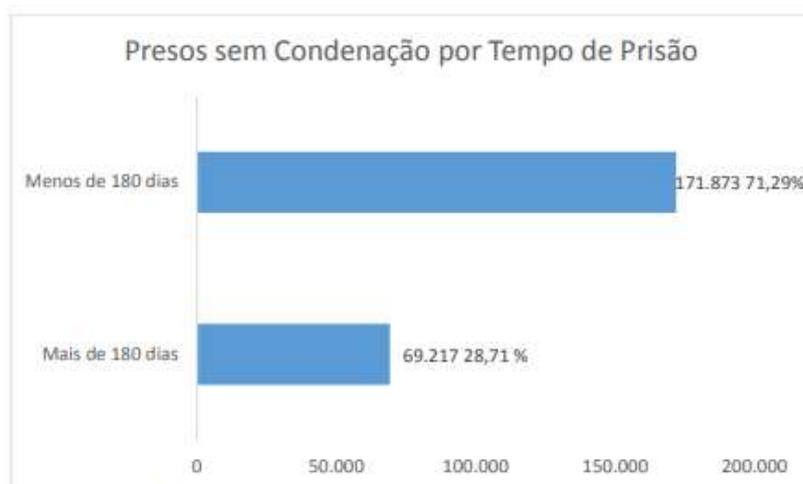
Em análise a esses dados, verifica-se que uma parcela considerável dos encarcerados no Brasil é composta por presos que sequer foram condenados em primeiro grau de jurisdição (40,14%), sendo que, dos crimes imputados às pessoas privadas de liberdade, “[...] 27,58% referem-se ao crime de roubo, simples ou nas suas formas agravadas, excluído o latrocínio, 24,74% ao tráfico de drogas e condutas correlatas, 11,27% aos crimes de homicídio, e 8,63% aos crimes de furto” (CNJ, 2018, p. 39) (gráfico 2):

Gráfico 2: Tipos Penais mais Recorrentes



As informações acerca do tempo médio de duração das prisões sem condenações ainda precisam ser completadas, diante da ausência de registro da data de cumprimento da ordem de prisão (gráfico 3):

Gráfico 3: Tempo Médio das Prisões sem Condenação



Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

* Como já registrado em nota à Tabela 12, as pessoas condenadas em relação às quais não foi expedida guia de recolhimento são computadas como presos sem condenação

** Diante da integração dos sistemas em parte dos registros não constou a data de cumprimento da ordem de prisão, de modo que esse dado deverá ser depurado continuamente pelo sistema. O registro apresentado acima se refere ao número total de 241.090 prisões consideradas, em relação às quais a data foi incluída.

Apesar da expressividade do número de presos provisórios sem condenação, é inquestionável que somente o estudo individualizado dos casos seria capaz de demonstrar eventuais excessos na decretação e/ou duração dessas prisões, sendo que os dados apresentados são insuficientes para revelar, de forma absoluta, uma cultura de encarceramento atinente ao Judiciário.

Entretanto, a análise de outras informações acerca do sistema penitenciário brasileiro indica uma significativa resistência desse poder na aplicação, tanto cautelar como definitiva, de penas alternativas à prisão. De acordo com uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2015, p. 86), com o objetivo de discutir os elementos que repercutem decisivamente na aplicação das penas e medidas alternativas à prisão, sinteticamente, dois dos principais óbices para a adoção das sanções alternativas são a alta incidência da prisão cautelar como medida insubstituível e o arbítrio excessivo na aplicação da pena.

Referido estudo teve tanto um enfoque quantitativo, destinado a entender os aspectos determinantes da (não) aplicação das penas e medidas alternativas, nos estados do Alagoas (AL), Distrito Federal (DF), Espírito Santo (ES), Minas Gerais (MG), Pará (PA), Paraná (PR), Pernambuco (PE), Rio de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP), como um qualitativo, mediante a observação da condução dos processos nos diferentes órgãos da justiça criminal (varas e

juizados criminais, varas de execução penal, centrais de penas e medidas de segurança) e dos obstáculos encontrados para a execução das alternativas penais.

Os resultados quantitativos demonstraram que “[...] 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados à pena privativa de liberdade” (IPEA, 2015, p. 38). Por outro lado, qualitativamente, a pesquisa demonstrou que, nas varas criminais, “Apesar de a lei prescrever os delitos para os quais é cabível a substituição por penas alternativas, juízes seguem seu entendimento e seu poder de discricionariedade no seu sentenciamento. Para eles, essas penas não são adequadas para alguns delitos previstos por lei”. De igual modo, os critérios subjetivos dos réus e as diferentes formas de entendimento sobre os antecedentes criminais influenciam nessa decisão (IPEA, 2015, p. 62).

Esses dados, considerados no contexto neoliberal das sociedades atuais, que, com base no medo e na qualificação dos criminosos como verdadeiros inimigos desprovidos de quaisquer direitos, demonstram que o Judiciário também atua como meio de exclusão dos indivíduos seletivamente escolhidos pelo Direito Penal, principalmente porque aplica, como regra e fundada em elementos genéricos de garantia da ordem pública e características valoradas negativamente de certos indivíduos, a pena privativa de liberdade.

3.3 O dever de custódia estatal e a ofensa à dignidade do preso na execução penal

Junto com a titularidade exclusiva do poder de punir do Estado vem o dever de garantia, proteção e concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos que estão sob sua custódia. Apesar do *jus puniendi* constituir-se em poder imperativo estatal exercido sobre a sociedade, para fins de defesa da ordem pública e da própria convivência social, sua realização sujeita-se aos preceitos que compõem o arcabouço normativo de estruturação do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Acima do poder conferido ao Estado, de previsão, aplicação e execução da lei penal, e como condicionante deste, encontram-se as leis, em sentido amplo, necessárias à limitação e à legitimação dessa espécie de controle social. A observância das regras e princípios que regulam e norteiam o Direito Penal são imprescindíveis para a incidência constitucional dessa forma de controle social. A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático brasileiro ocupa posição nuclear de orientação do poder de punir (art. 1º, inc. III, CF). Em seguida, tem-se, além da garantia genérica contida no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, dispositivos expressos e específicos de proteção dos direitos fundamentais dos presos:

o inciso XLIX do art. 5º, por exemplo, assegura o respeito à integridade física e moral dos encarcerados.

Como manifestação da dignidade da pessoa humana e em complemento aos direitos e garantias individuais, encontram-se os direitos sociais (art. 6º ao 11, da CF), que, independentemente da forma de positivação, devem ser considerados autênticos direitos fundamentais, na medida em que fornecem condições materiais imprescindíveis ao pleno exercício das liberdades conferidas aos indivíduos e, por consequência, a uma vida digna.

A partir de uma interpretação convergente desses dispositivos legais pode-se inferir que, no momento de execução da pena, o Estado deve respeitar a dignidade do preso e garantir a sua integridade física e psíquica, fornecendo condições básicas para que o encarcerado cumpra as penas que lhe foram impostas em consonância com as normas que regem o Estado Democrático de Direito. Essa assertiva decorre, principalmente, da aplicabilidade imediata atribuída pelo constituinte aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, CF), que abrange não apenas os chamados direitos negativos, mas também os que demandam uma conduta positiva do Estado, uma vez que

[...] os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2012, l. 250).

Em razão disso, o Estado, ao executar as penas privativas de liberdade, pode ser responsabilizado por eventuais danos causados aos custodiados, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para a responsabilidade extracontratual do Estado basta a existência de um vínculo de resultado entre a conduta positiva estatal, independentemente de ilicitude ou de elemento

subjetivo (dolo ou culpa), e o dano causado ao terceiro (teoria da responsabilidade objetiva). A controvérsia doutrinária e jurisprudencial instaura-se nos casos dos prejuízos decorrentes de uma omissão do Estado. Mello (1981, p. 144-145, destaque no original), por exemplo, afirma que

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo [...]. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Por outro lado, Gandine; Salomão (2003, p. 217-220), ao analisarem os argumentos apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que a conduta omissiva estatal caracteriza-se como condição e não como causa de eventuais danos, sustentam que “[...] não é necessário transmudar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a Administração se desvincule do dever de indenizar: basta que esta demonstre que não tinha o dever de agir e que, portanto, sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso”.

Cahali (2007, p. 221), confrontando as teorias de responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado nos casos de omissão, defende que a questão se desloca, em verdade, “[...] para o âmbito da exigibilidade da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável; mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em sede de exigibilidade da obra não executada ou do serviço não prestado”. Por sua vez, Cavalieri Filho (2012, p. 267) enfatiza que

[...] o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como defendido no art. 186 do Código Civil. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de funcionamento para toda a responsabilidade objetiva [...]

Partindo dessa premissa, o autor admite que a previsão contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (responsabilidade objetiva), aplica-se aos casos de omissão específica do Estado, que ocorrerá

[...] quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo: a omissão estatal se erige em causa adequada de não evitar o dano. Em outras palavras, a **omissão específica** pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, assim, não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268, destaque no original).

A responsabilidade subjetiva do Estado surge apenas em situações de omissão genérica, ou seja, quando a inércia estatal, embora não seja causa direta e imediata do dano, contribui para sua ocorrência (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268). Nas situações em que não se pode exigir uma atuação específica do Estado, a omissão só será passível de responsabilização se demonstrado o elemento subjetivo, ainda que anônimo, na falta do serviço.

Em julgado recente da Suprema Corte (RE nº 841.526/RS), cujo objeto circunscreveu-se na responsabilidade do Estado pela morte de um detento, entendeu-se pela aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ao caso *sub judicis*, em razão da existência de obrigação específica estatal de evitar o resultado danoso, o que demonstra uma tendência da jurisprudência em admitir a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de omissão, mas desde que esteja presente, além do nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo sofrido por terceiro, uma obrigação específica do poder público de impedir o dano. Nesse sentido foi o voto proferido pelo ministro relator Luiz Fux, no âmbito do RE nº 841.526/RS, que reconheceu a responsabilidade do Estado pela morte do detento, independentemente da demonstração de culpa administrativa:

[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência – quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo – surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa [...].

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal.

Fixou-se, ainda, a tese de que “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento” (RE 841.526/RS, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016). O Estado, ao trazer para si o exercício exclusivo do poder de punir, assume também o dever de observar as normas respectivas, dentre as quais se insere o mandamento constitucional de proteção à integridade física e moral do preso e, de forma mais ampla e vinculativa, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa posição especial assumida pelo poder público com relação aos seus custodiados, além de autorizar a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de eventuais omissões que resultem em lesões aos direitos fundamentais do encarcerado, impõe um dever jurídico estatal de proteção e efetivação das garantias conferidas constitucionalmente aos presos. Todavia, a realidade do sistema carcerário brasileiro demonstra a distância existente entre as obrigações atribuídas ao Estado e o seu efetivo cumprimento.

De acordo com o Relatório de Gestão elaborado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017, p. 25), o Brasil possui um *deficit* penitenciário superior a 230 mil vagas, o que causa, além da superlotação dos presídios, problemas como violência, proliferação de doenças, insalubridade, péssimas condições dos alimentos e de higiene e, ainda, fugas e rebeliões. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2018) apontou, por meio do Projeto Sistema Prisional em Números, uma taxa de ocupação de 166,45% dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

A Câmara dos Deputados (2009, p. 192-200), ao elaborar o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, apontou uma generalizada violação de direitos fundamentais dos custodiados, descrevendo, de forma pormenorizada, os problemas relativos à acomodação inadequada (celas superlotadas), inexistência de materiais de higiene, de água potável, de iluminação e de ventilação, péssima qualidade dos alimentos, assistências médica, educacional e social deficitárias. Ao constatar que os estabelecimentos penais brasileiros não oferecem condições mínimas de vida aos presos, nem de preparação para o seu retorno ao convívio social, já que se tratam, em sua maioria, de ambientes cruéis, desumanos e de realidade animalesca, hostil e ilegal, o relatório apontou, com relação à alimentação dos internos, que

Em quase todas as unidades prisionais, os presos reclamaram da qualidade da comida. Denúncias de cabelos, baratas e objetos estranhos misturados na comida foram constantes. Comida azeda, estragada ou podre também foi denunciada. Em vários presídios, a CPI encontrou quentinhas amontoadas do

lado de fora das celas, prontas para irem para o lixo, recusadas pelos presos, em face da péssima qualidade da alimentação servida.

Também foram descritas deficiências extremas no fornecimento de remédios e nos procedimentos clínicos adotadas para o tratamento médico e odontológico dos presos. Além da ausência de medicamentos e da realização de procedimentos inadequados, os presos convivem em ambientes infestados de insetos, sem qualquer higiene e sem o isolamento daqueles que se encontram com doenças infectocontagiosas, situações que agravam a saúde dos custodiados e aumentam o risco de epidemias:

No Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, em São Paulo, vários presos com **tuberculose** misturavam-se, em cela superlotada, com outros presos aparentemente “saudáveis”. Em Ponte Nova, os presos usavam **creolina para curar doenças de pele**. Em Brasília, os doentes mentais não dispunham de médico psiquiátrico. Na penitenciária de Pedrinhas, no Maranhão, presos com gangrena na perna... Em Santa Catarina, o dentista arranca o dente bom e deixa o ruim no lugar. Em Ponte Nova e Rio Piracicaba, em Minas Gerais, registrou-se a ocorrência de 33 presos mortos queimados [...].

Também impressionaram a CPI as feridas cheias de sangue e pus que se espalhavam no rosto e no corpo de um detento louro, de cinqüenta (sic) anos, do Distrito de Contagem, Minas Gerais. Os olhos dele se encheram de lágrimas ao dizer aos Parlamentares que estava assim há mais de um ano e não tinha recebido nenhum atendimento médico... [...].

Na cadeia feminina do Rio de Janeiro, onde 200 mulheres ocupam espaço destinado a 30, são muitos os casos de coceira, gerados pela falta de higiene, calor, superlotação. Lacraias, pulgas, baratas e ratos são companheiros das detentas. Muitas delas têm feridas e coceiras pelo corpo e o “remédio” que recebem para passar nos ferimentos é vinagre!

Nas cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 202-205, destaque no original).

Com base nos dados colhidos, o Relatório de Gestão do CNJ (2017, p. 38) afirmou a ocorrência de claro desvio da execução da pena privativa de liberdade, representado pela superlotação dos estabelecimentos penais nacionais e as consequentes violações aos direitos fundamentais dos encarcerados, “[...] vez que impõe à pessoa presa o sacrifício de direitos não abarcados nos limites da sentença, de forma ilegal, inconstitucional e humanamente intolerável. Em outras palavras, a superlotação resulta em um estado permanente de ilegalidade”.

O reconhecimento de ofensa à dignidade do preso também é recorrente na jurisprudência brasileira. Por ser objeto do presente estudo, registra-se trecho do voto proferido

pelo Ministro Marco Aurélio, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 MC/DF, que concluiu pela generalizada violação dos direitos fundamentais dos encarcerados no sistema penitenciário nacional e a respectiva inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

Acerca do tema, Barcellos (2010, p. 35) enfatiza que, no Brasil, o tratamento adequado conferido aos custodiados é exceção, sendo que a violação à dignidade do preso representa um padrão seguido em todo o país e não um desvio localizado. Verifica-se que o sistema penitenciário brasileiro viola um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito – a dignidade da pessoa humana – por intermédio de um ilegal exercício do *jus puniendi*. Ilegal porque, apesar de decorrer, como condição, de um devido processo penal, impõe ao condenado à pena privativa de liberdade restrições que transcendem os limites legais da pena (perda de liberdade e suspensão dos direitos políticos), acabando por atingir, indevidamente, direitos não albergados pela cominação da sanção.

A forma de cumprimento das penas privativas de liberdade constitui-se em meio legalmente previsto para sua execução, mas que, de maneira inconstitucional e, portanto, ilegal, viola os direitos fundamentais dos indivíduos, submetendo os presos a penas absolutamente desumanas e degradantes. Por isso, deve-se trabalhar, de forma correlata, as causas anteriormente descritas da inexistente garantia do mínimo existencial dos presos, a fim de viabilizar o estudo e a definição dos possíveis meios de reversão desse quadro de ilegal desrespeito aos direitos fundamentais dos encarcerados brasileiros.

4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A Lei Fundamental Alemã de 1949 e a decisão proferida em 1958, pela Corte Constitucional daquele país, no caso *Lüth*¹², impulsionaram a doutrina constitucional no desenvolvimento da reconhecida dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que passaram a se apresentar não apenas como direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do Estado, mas também como valores de natureza jurídico-objetiva capazes de legitimar e fornecer diretrizes à atuação do poder público (SARLET, 2012, l. 125-126):

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não está se fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja. Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais (SARLET, 2012, l. 125).

Com isso, é possível falar na existência de uma dupla perspectiva dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva, sendo que, do ponto de vista subjetivo, extrai-se a noção de exigibilidade judicial do direito tutelado em face do destinatário da norma, aqui abrangendo o Estado e as entidades privadas em geral. Assim, “[...] o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito (SARLET, 2012, l. 131).

A partir disso, Sarlet (2012, l. 131), analisando de forma ampla o objeto dos direitos fundamentais, indica três situações que resultam na impossibilidade de se fixar o conteúdo dos direitos essenciais subjetivamente considerados: a) ausência de uniformidade da garantia de liberdade individual; b) disparidade no grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados; e c) complexidade dos direitos fundamentais, já que contém pretensões de

¹² Trata-se de Reclamação Constitucional interposta por Erich Lüth, em face de decisão proferida pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, que julgou procedente o pedido formulado por Veit Harlan, para que Lüth deixasse de convocar boicotes ao filme por ele lançado, entendendo que esta conduta afrontava os bons costumes (§ 826 BGB). A Reclamação foi julgada procedente, para o fim de conferir uma interpretação da expressão “bons costumes”, contida no Código Civil Germânico, em conformidade com o direito à livre manifestação assegurado constitucionalmente (Art. 5 I 1 GG). Referida decisão, além de reconhecer a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia entre particulares), afirmou a existência de uma ordem objetiva de valores na Carta e que deveriam irradiar por todo o ordenamento jurídico (SCHWAB, 2005, p. 381-382).

diversas naturezas e dirigem-se a diferentes destinatários, principalmente porque “[...] os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota da subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transparência – de regra – da forma mais acentuada”.

Todavia, o conteúdo inconstante dessas normas não implica na sua completa inexigibilidade. Ao contrário, os direitos fundamentais, na condição de direitos subjetivos, possuem certo grau de exigibilidade, ainda que variável, sendo que “[...] a mera possibilidade de suscitar-se judicialmente o controle da constitucionalidade de um ato normativo não deixa de constituir, sob o ângulo de uma efetivação via judicial, uma faceta da subjetivação inerente a todas as normas constitucionais na condição de direito objetivo” (SARLET, 2012, l. 132).

Já os direitos fundamentais objetivamente considerados, ao incorporarem e exprimirem valores essenciais à comunidade, além de possuírem uma “[...] função axiológicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado” (SARLET, 2012, l. 126), funcionam como vetores de direcionamento da atuação estatal:

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que – exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual – impõem ao legislador (ao menos em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos (SARLET, 2012, l 126).

Em complemento às diversas funções desempenhadas pelos direitos fundamentais, tem-se os respectivos desdobramentos autônomos, caracterizados como elementos de reforço da eficácia normativa das normas essenciais. Dentre as repercussões da perspectiva objetiva apresentadas por Sarlet (2012, l. 129), merece destaque o reconhecimento de dever de proteção atribuído ao Estado, “[...] no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados”,

impondo-se ao poder público a adoção de medidas positivas capazes de proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais:

A dedução dos assim designados deveres de proteção estatais (que não se confunde com os deveres fundamentais atribuídos às pessoas), encontra-se vinculada à função dos direitos fundamentais na condição de imperativos de tutela, que, por sua vez, encontra-se associada ao monopólio estatal no que diz com o exercício da força e da consequente (genérica) vedação da autotutela, resultando, portanto, na instituição de deveres vinculantes (juridicamente exigíveis) por parte dos poderes públicos no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos por parte do próprio Estado e dos particulares (SARLET, 2012, l. 129).

A partir dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Campos (2016, p. 77-94) justifica a necessidade de ampliação do campo de configuração da omissão inconstitucional para a real garantia dos direitos fundamentais, sendo que a violação, a ausência ou a proteção insuficiente desses direitos podem decorrer não apenas de deficiências legislativas, mas também do descompasso da previsão legal e a realidade social, ocasionado por falhas na implementação das políticas públicas:

Isso significa que haverá omissão inconstitucional sempre que a falta ou deficiência de políticas públicas encerrarem uma *proteção insuficiente* dos direitos fundamentais, independentemente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes. Essa ausência de políticas públicas satisfatórias surge, comumente, de falhas estruturais e não da inércia específica de um órgão entidade (CAMPOS, 2016, p. 93, destaque no original).

É preciso desvincular-se da ideia tradicional de que os direitos fundamentais se resumem nos direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, destinados a coibir eventuais intervenções excessivas e/ou indevidas nas relações sociais, principalmente porque, conforme demonstrado no capítulo 2 deste estudo, a completa realização dos direitos fundamentais reclama também a promoção de condições materiais básicas que viabilizem o seu exercício. Por consequência, a ofensa aos preceitos constitucionais pode ocorrer tanto em razão de uma interferência ilícita do Estado na vida das pessoas como quando este “[...] deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes ou quando o faz de modo insuficiente” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 480).

Dessa forma, o aspecto objetivo dos direitos fundamentais impõe um dever de proteção estatal que, independentemente de enunciados normativos específicos, exige uma atuação dos

poderes constituídos voltada a sua plena proteção, decorrente do próprio regime constitucional democrático:

O dever de proteção inclui, portanto, a obrigação geral de o Estado criar, **mediante lei**, as condições e os meios indispensáveis para serem os direitos fundamentais protegidos e assegurados na maior amplitude possível diante de toda sorte de limitações fático-jurídicas presentes. A falta desses meios e condições indispensáveis impede a efetividade dos direitos fundamentais, excluindo deles a pretensão de validade material. Por isso, a ausência de lei ou de políticas, ou a imperfeita construção de ambas, dando origem a uma proteção deficiente desses direitos fundamentais, deve ser julgada uma **omissão normativa inconstitucional**. No caso da absoluta ausência de lei e de políticas públicas, a omissão é total; no caso da lei ou de política imperfeita, a omissão é parcial. Em ambos, direitos fundamentais são violados independentemente da tipologia dos enunciados normativos constitucionais envolvidos e da presença de ordens expressas e específicas de legislar (CAMPOS, 2016, p. 81, destaque no original).

A possibilidade/necessidade do reconhecimento de omissões inconstitucionais que ultrapassam os pressupostos formais de caracterização (normas constitucionais de eficácia limitada e inércia na edição da norma integrativa) incumbiu ao Estado, no exercício de todas as suas atribuições, o dever de proteção dos valores erigidos como essenciais pela ordem constitucional. Como reflexo, a inexistência ou a tutela insuficiente das garantias fundamentais pode ser imputada ao Estado em geral, ou seja, a qualquer um ou a todos os poderes da República. Verificada a ocorrência de uma falha estrutural na defesa desses direitos, torna-se imprescindível a adoção de medidas de equivalente complexidade para a alteração desse quadro, nomeado, pela Corte Constitucional colombiana, de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

O presente capítulo tem como objeto justamente o estudo dessa doutrina, ao trazer informações, nos dois primeiros subtítulos, sobre a sua origem, seus pressupostos de caracterização e as consequências de sua aplicação. Por último, será realizado um exame descritivo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal, na ADPF nº 347/DF, que reconheceu, em caráter liminar, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, com a finalidade de identificar as medidas adotadas provisoriamente, assim como as requeridas em caráter definitivo, o que possibilitará estabelecer, no próximo capítulo, as respectivas implicações dessa decisão e a sua capacidade de reversão da realidade inconstitucional declarada.

4.1 Origem

Independentemente do enfoque conferido (nacional ou internacional), o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, ou seja, daqueles entendidos como essenciais ao ser humano, ocorre de maneira gradativa, como resultado da própria dinâmica social e em resposta às necessidades socioeconômicas de determinada sociedade. O arcabouço normativo destinado à positivação desses direitos e à previsão dos respectivos instrumentos de proteção estrutura-se de maneira corrente, com o objetivo de resguardar bens que, em razão do tempo e de novas valorações, passam a ser entendidos como necessários ao homem. Com isso, busca-se conferir uma tutela integral e efetiva dos direitos elementares da pessoa. Tem-se, aqui, uma das características dos direitos humanos/fundamentais: a sua historicidade, na medida em que nascem¹³ “em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p.09).

Apesar da positivação, muitas vezes questões relacionadas ao livre e completo exercício dos direitos fundamentais também estão condicionadas às situações políticas, econômicas, sociais e culturais do Estado, o que impõe a criação e a utilização de outros mecanismos, ainda que sem disposição legal, que viabilizem seu real exercício. Em razão do existente descompasso entre a previsão de direitos fundamentais e a sua verdadeira concretização, principalmente quanto aos direitos que requerem uma conduta positiva do Estado, a doutrina e a jurisprudência também desenvolvem conceitos reservados à materialização das faculdades abstratamente garantidas, com o propósito de evitar o absoluto esvaziamento e a conseqüente inutilidade dos documentos constituintes de um Estado Democrático de Direito.

A partir da frequente necessidade de realização dos direitos fundamentais e da ausência (ou desrespeito) dos meios adequados para seu exercício, surgem doutrinas como a do ECI, que visam a corrigir (ou minimizar) as falhas existentes no campo de tutela desses direitos, ao lhes conceder uma proteção objetiva. Com raízes na controvérsia doutrinária e jurisprudencial

¹³ A afirmação contida nesse estudo de que os direitos fundamentais possuem, dentre outras características, a historicidade, na medida em que o seu reconhecimento por uma ordem jurídico-formal é gradual, ocorrendo de acordo com as necessidades mais prementes de determinada época, não significa que se assume uma posição positivista sobre a origem dessas garantias. Ao contrário, defende-se, aqui, a existência de direitos inerentes à própria qualidade do ser humano e que, em razão disso, orientam e limitam a constituição de qualquer ordem social, irradiando seus efeitos independentemente de norma que o reconheça. Não se pode olvidar, todavia, que a previsão legal de determinada garantia evidencia a ideia defendida de uma constante construção desses direitos essenciais, condicionada ao tempo e ao espaço de cada sociedade.

acerca da tradicional ideia de tripartição das funções do Estado, uma postura mais ativa do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais foi assumida no ano de 1954, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Brown v. Board of Education*,

[...] em que, diante do persistente descumprimento da sentença que punha fim à segregação racial nas escolas públicas da região sul, foi proferida nova decisão (*Brown II*), contendo ordens estruturais para a reforma em larga escala das instituições que se encontravam em mau funcionamento, a partir do pressuposto de uma relação de colaboração entre as esferas de poder envolvidas (KOZICK; BROOCKE, 2018, p. 148).

Ainda que haja uma distância entre a decisão proferida no caso *Brown II* e a atual doutrina do ECI, principalmente porque o mandamento jurisdicional proferido pela Corte estadunidense visou conferir efetividade à anterior decisão por ela exarada, de reconhecimento da inconstitucionalidade de lei que regulamentava a segregação racial no sistema de ensino, o Poder Judiciário daquele Estado progrediu na tutela processual dos direitos fundamentais, ao estabelecer prazos e métodos para superar a reconhecida situação de ilegalidade. Assim, proferida a sentença no caso *Brown v. Board of Education* e

[...] diante das dificuldades para a implementação da decisão e sua consequente ineficácia, a Corte, em decisão unânime, revisitou a paradigmática sentença anterior, estabelecendo regras em relação ao decurso temporal e etapas necessários a alcançar o fim da segregação nas escolas públicas (KOZICK; BROOCKE, 2018, p. 156).

A partir dessa decisão, “[...] vários sistemas legais de diferentes países do mundo aceitaram este valor ou remédio legal com o propósito de salvaguardar os direitos fundamentais de seus cidadãos. Este é o caso da África do Sul, Índia, Argentina, Peru e Colômbia, entre outros” (CABALLERO; FERNÁNDEZ, 2015, p. 124, tradução minha)¹⁴. Com o passar do tempo e a premente e insuperável necessidade de se proteger os direitos fundamentais do indivíduo, desenvolveram-se, em todo o mundo, ensinamentos doutrinários e/ou jurisprudenciais propostos a justificar e “normatizar” a crescente postura ativista do Judiciário.

Surgiu, então, no ano de 1997, a figura do Estado de Coisas Inconstitucional, como resultado de uma construção teórica da jurisprudência colombiana: a Corte Constitucional da Colômbia, por intermédio da *Sentencia de Unificación (SU)* nº 559, reconheceu a existência de

¹⁴ No original: “[...] varios ordenamientos jurídicos de diversos países del mundo acogieron esta figura o remedio jurídico con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Es el caso de Sudáfrica, India, Argentina, Perú y Colombia, entre otros”.

falhas estruturais do Estado na garantia dos direitos fundamentais previdenciários de um grupo de professores, utilizando o ECI “[...] principalmente como uma ferramenta para evitar a repetição de demandas individuais sobre o mesmo assunto” (MARMELSTEIN, 2015).

Garavito (2009, p. 441-442, tradução minha) sintetiza a origem e o desenvolvimento do ECI na jurisprudência colombiana, destacando oito decisões proferidas por aquela Corte de reconhecimento desse instituto:

- Não cumprimento da obrigação de matricular professores dos centros educacionais públicos no Fundo Nacional de Benefícios Sociais de Professores (Sentença SU-559 de 1997). Nesta decisão, o Tribunal declarou o primeiro ECI e ordenou aos requerentes a adesão ao Fundo. Além disso, ao verificar que a situação se estendia a um considerável número de professores e originou-se de uma falha estrutural de políticas públicas, concedeu prazo razoável à Administração Pública para realizar os estudos e as dotações necessárias para corrigi-la
- A Falta de garantia das condições mínimas de vida digna das pessoas detidas em prisões que apresentaram superlotação crítica (proteções T-153 de 1998, T-606 de 1998, T-607 de 1998, T-847 de 2000 e T -966 de 2000). Nessas ocasiões, o Tribunal ordenou às autoridades públicas que corrigissem as falhas que motivaram essas condições, sob o monitoramento dos órgãos de controle.
- A falta de proteção dos defensores dos direitos humanos (T-590 de 1998). Diante dessa situação, a Corte ordenou que todas as autoridades competentes implementassem mecanismos para prevenir violações dos direitos à vida, à integridade pessoal e à segurança dos defensores dos direitos humanos.
- Os Atrasos e a acentuada ineficiência na liquidação e pagamento de aposentadorias (T-068 de 1998,6 T-525 de 1999 e SU090 de 2000). O Tribunal ordenou às entidades correspondentes que corrigissem as falhas organizacionais e processuais que impediam a pronta resolução dos pedidos de reconhecimento e reavaliação das aposentadorias e que alocavam o orçamento necessário para cumprir suas obrigações.
- A falta de concorrência para a nomeação de notários públicos (Sentença SU-250 de 1999), que permitia que os cartórios fossem nomeados ou removidos do cargo por fatores subjetivos. O Tribunal ordenou a realização do concurso público notarial.
- A grave e séria violação dos direitos das pessoas em situação de deslocamento forçado (sentença T-025 de 2004)¹⁵.

¹⁵ No original: • El incumplimiento de la obligación de afiliar a docentes de centros educativos públicos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Sentencia SU-559 de 1997). En esta decisión, la Corte declaró el primer ECI y ordenó la afiliación de los demandantes al Fondo. Además, al encontrar que la situación se extendía a un buen número de docentes y tenía origen en una falla estructural de políticas públicas, le otorgó a la administración pública un plazo prudencial para hacer los estudios y las apropiaciones necesarias para subsanarla.

- La falta de garantía de las condiciones mínimas de vida digna de las personas detenidas en centros penitenciarios que presentaban hacinamiento crítico (tutelas T-153 de 1998, T-606 de 1998, T-607 de 1998, T-847 de 2000 y T-966 de 2000). En estas ocasiones, la Corte ordenó a los poderes públicos subsanar las fallas que motivaban estas condiciones, bajo el monitoreo de los organismos de control.
- La desprotección de los defensores de derechos humanos (T-590 de 1998). Frente a esta situación, la Corte ordenó a todas las autoridades pertinentes implementar mecanismos de prevención de violaciones de los derechos a la vida, la integridad personal y la seguridad de los defensores de derechos humanos.
- Las demoras y la marcada ineficiencia en la liquidación y pago de pensiones de jubilación (T-068 de 1998, T-525 de 1999 y SU090 de 2000). La Corte ordenó a las entidades correspondientes que corrigieran las fallas de

No entanto, a consolidação da doutrina do ECI, enquanto forma de concretização dos direitos fundamentais, ocorreu em 1998, por meio de sentença proferida pela Corte Constitucional da Colômbia (caso T-153), que declarou a inconstitucionalidade do sistema penitenciário colombiano, ao detectar uma massiva e sistemática violação de direitos dos encarcerados (ARIZA, 2013, p. 129). No citado caso, a Corte Constitucional, além de reconhecer a inconstitucionalidade dos presídios daquele país, decorrente de uma falha estrutural da administração pública, instaurou um diálogo institucional voltado à superação da ilegalidade constatada, com a designação de diversas medidas a serem adotadas pelas mais variadas pessoas e órgãos (Presidente do Senado; da Câmara; da República, da Câmara Penal, da Suprema Corte de Justiça, Ministério da Justiça, Departamento Nacional de Planejamento, etc.), dentre as quais a elaboração de um plano de construção e renovação de prisões destinado a garantir aos reclusos condições dignas de vida nas prisões (Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998).

Apesar da relevância dessa decisão, Garavito (2009, p. 442-444, tradução minha) ressalva que a sistematização dos requisitos para declarar a existência e a superação de um ECI ocorreu apenas com a Sentença T-25/2004, já que, na fase inicial da jurisprudência, somente “[...] foram delineados os elementos de diagnóstico e tratamento constitucional deste tipo de violações massivas e estruturais dos direitos fundamentais”¹⁶. A fim de compreender o desenvolvimento da doutrina do ECI, Campos (2016, p. 166-167) o divide em duas fases: uma com início na decisão de 1997 (SU-559) até 2003 e a outra iniciada com a sentença T-025, de 2004 (caso do deslocamento forçado), sendo que

Em síntese, a fase inicial é a da criação, elaboração e desenvolvimento do ECI, seus critérios, pressupostos e técnicas de decisão, e também da manifestação de seus possíveis piores defeitos: falta de rigor na identificação desses pressupostos e critérios, e falhas de efetividade.

A segunda fase [...], além do rigor na identificação de situações verdadeiramente reveladoras de um ECI e com a sistematização de seus pressupostos, a Corte demonstrou preocupação com a efetividade de suas decisões.

organización y procedimiento que impedían la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones, y que destinaran el presupuesto necesario para cumplir con sus obligaciones.

- La falta de convocatoria a concurso para el nombramiento de notarios públicos (Sentencia SU-250 de 1999), que permitía que los notarios fueran designados o removidos del cargo por factores subjetivos. La Corte ordenó la realización del concurso público notarial.
- La violación masiva y grave de los derechos de las personas en condición de desplazamiento forzoso (Sentencia T-025 de 2004).

¹⁶ No original: “[...] quedaron esbozados los elementos de diagnóstico y tratamiento constitucional de este tipo de violaciones masivas y estructurales de derechos constitucionales”.

Ainda que existissem elementos comuns utilizados nas decisões anteriores para o reconhecimento do ECI, como as falhas estruturais da administração pública e as consideráveis violações aos direitos fundamentais, a delimitação dos requisitos caracterizadores dessa doutrina ocorreu apenas na Sentença T-25/2004, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, ao, basicamente, identificar sistemático quadro de lesões aos direitos fundamentais de pessoas em situação de deslocamento forçado; constatar determinante e constante omissão estatal; e estabelecer uma atuação convergente na reversão do quadro inconstitucional. Referida decisão previu, ainda, mecanismos de monitoramento do seu cumprimento, destinados a lhe conferir real efetividade.

4.2 Pressupostos de caracterização e as consequências da decisão que declara o estado de coisas inconstitucional

O conceito e a aplicação do ECI decorreram de um longo processo de construção da jurisprudência colombiana e permanecem em constante aperfeiçoamento, principalmente diante da finalidade para o qual é empregado: tutela objetiva dos direitos fundamentais. Entendida como a decisão que melhor definiu os pressupostos caracterizadores do ECI, a Sentença T-25/2004 (tradução minha) dispôs que, para a verificação do estado de coisas inconstitucional, o Tribunal deve observar:

(i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantir os direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutelar como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para impedir a violação de direitos. (v) a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de diversas entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorressem à ação tutela para obter a proteção de seus direitos, haveria maior congestionamento judicial (destaque no original)¹⁷.

¹⁷ No original: *(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos*

Com base na jurisprudência colombiana, Ariza (2013, p. 141-142, tradução minha) afirma que a aplicação da doutrina do ECI reclama a concretização, cumulativa, de quatro critérios: 1) grande número de ações semelhantes postas ao Judiciário (critério qualitativo); 2) consideráveis e recorrentes violações aos direitos fundamentais dos indivíduos; 3) perpetuação do dano decorrente de falhas estruturais do Estado; e 4) adoção de remédios de caráter políticos e, portanto, acometidos, em regra, aos Poderes Legislativo e Executivo:

O primeiro refere-se a um indicador quantitativo, ou quando o Tribunal Constitucional recebe um número considerável de *acciones de tutela* para analisar em que as questões levantadas coincidem com o estatuto legal dos petionários e inquiridos. Assim, o uso generalizado da *acción de tutela* é um indicador de que um setor do Estado colombiano pode estar violando os direitos fundamentais de maneira grosseira e sistemática. Por razões de eficiência, o Tribunal decide agregar casos semelhantes para que possa emitir uma única decisão e, assim, evitar o colapso da administração da justiça.

Um segundo critério é a verificação da violação sistemática e estrutural dos direitos fundamentais de maneira grosseira e generalizada. Nesse sentido, o primeiro componente da doutrina ECI refere-se à dimensão e extensão do dano. O terceiro critério tem a ver com o agente que perpetua o dano. Nesses casos, a Corte considera que a violação dos direitos fundamentais é o resultado não de uma ação individual, mas do mau funcionamento do estado como um todo. Esse mau funcionamento, que deve ser estrutural e histórico, requer, portanto, a adoção de medidas de alcance igual ou similar. O quarto e último componente dessa doutrina é possivelmente o mais controverso, pois envolve a adoção de remédios, cujo conteúdo e escopo correspondem ao poder legislativo sob um modelo tradicional de separação de poderes, principalmente porque esses remédios envolvem a decretação do projeto de políticas públicas e reformas institucionais que carregam uma significativa alocação de recursos ¹⁸.

que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

¹⁸ No original: The first refers to a quantitative indicator, or when the Constitutional Court receives a considerable number of *acciones de tutela* to review in which the issues raised coincide with the legal status of petitioners and respondents. Thus, widespread use of *acción de tutela* is an indicator that a sector of the Colombian state may be violating fundamental rights in a gross and systematic fashion. For reasons of efficiency, the Court chooses to aggregate similar cases so that it can issue a single decision and thus avoid the collapse of the administration of justice.

A second criterion is the verification of the systematic and structural violation of fundamental rights in a gross and generalized manner. In this sense, the first component of the USoA doctrine refers to the dimension and extent of the damage. The third criterion has to do with the agent that perpetrates the damage. In these cases, the Court finds that the violation of fundamental rights is the result not of an individual action, but of the malfunctioning of the state as a whole. This malfunctioning, which must be structural and historical, therefore requires the adoption of measures of equal or similar scope. The fourth and last component of this doctrine is possibly the most controversial, as it involves the adoption of remedies, the content and scope of which correspond to the legislative branch under a traditional model of separation of powers, primarily because those remedies involve decreasing the design of public policies and institutional reforms that carry a significant allocation of resources

Por se identificar como um instrumento por meio do qual a Corte Constitucional acusa falhas estruturais e conseqüentes violações sistêmicas a direitos fundamentais e, com base nisso, assume uma postura mais ativa na proteção desses direitos, Campos (2016, p. 179) adverte sobre a necessidade de uma sistematização clara e objetiva dos pressupostos autorizadores do reconhecimento do ECI, a fim de evitar excessos e legitimar a atuação do Judiciário. Com isso, referido autor também defende a existência de quatro elementos definidores do ECI, sendo que o primeiro se identifica com o estabelecido pela Corte Colombiana, no sentido de que devem ser identificadas massivas e generalizadas violações aos direitos fundamentais de um número considerável de indivíduos:

O **primeiro pressuposto** é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas [...]. A violação se apresenta como grave problema social. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que fecharia os olhos para a vulneração da Constituição como um todo, do projeto constitucional de garantia e gozo de direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 180, destaque no original).

De igual modo, o segundo pressuposto apontado possui correspondência na sentença colombiana e consiste na “[...] omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais”, representando um funcionamento deficiente do Estado como um todo (CAMPOS, 2016, p. 181). Esse preceito absorve, ainda, a situação de “não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias para impedir a violação de direitos”, prevista pela Corte Constitucional da Colômbia.

O terceiro pressuposto relaciona-se com o segundo, pois diz respeito à natureza das medidas que precisam ser adotadas para a reversão do quadro de ilegalidade verificado. Considerando que as sistêmicas violações aos direitos fundamentais de um número amplo de indivíduos resultam de falhas atribuíveis a todas as funções estatais, apenas a definição e implementação de providência de igual extensão serão capazes de revertê-las:

O **terceiro pressuposto**, relacionado de perto com o segundo, tem a ver com as medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, especialmente se considerarmos falhas estruturais como deficiências no ciclo das políticas públicas. No plano das soluções, haverá o ECI quando a superação dos problemas de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses. A responsabilidade deve ser atribuída a uma pluralidade de atores públicos. O

mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações existe quanto à busca por soluções (CAMPOS, 2016, p. 183, destaque no original).

Como quarto pressuposto, tem-se a “[...] potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária”. Tratar a questão como litígio estrutural, além de favorecer a isonomia nas soluções, previne problemas de congestionamento judicial (CAMPOS, 2016, p. 185). Também existe paralelismo desses dois últimos elementos com os pressupostos contidos na Sentença T-25/2004, sendo que, dentre os fatores apresentados por Campos, apenas o terceiro indicado pela Corte Colombiana (adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutelar como parte do procedimento para garantir o direito violado) não é expressamente reconhecido pelo autor, mas diluído nos requisitos descritos.

Após a fixação desses pressupostos, Campos (2016, p. 187, destaque no original) define o ECI como uma

[...] técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

O conceito apresentado deixa de identificar o ECI como uma ação propriamente dita, mas o apresenta como uma ferramenta processual destinada a reconhecer a incompatibilidade de uma certa realidade com os preceitos constitucionais do Estado. Tem-se, aqui, uma inconstitucionalidade fática, caracterizada pela sistêmica e generalizada violação de direitos fundamentais, resultante de falhas estruturais do poder público. Nesse sentido, o ECI funciona como um instrumento voltado a extinguir, ou ao menos diminuir, considerável separação existente entre a normatividade e a realidade social de um país (JARAMILLO, 2015, p. 188), já que, a partir do reconhecimento de uma situação fática inconstitucional, e mediante a instauração de um diálogo entre os órgãos responsáveis pela reversão dessa ilegalidade, são definidas ações adequadas à solução das lesões reconhecidas.

A complexidade da questão, além de implicar na necessária atuação de diversos entes para afastar a completa antítese existente entre a ordem constitucional e a realidade de um

Estado, impõe que, ao se declarar o ECI e se definir as medidas de superação, sejam estabelecidos respectivos meios de fiscalização e controle do cumprimento da decisão, sob pena de sua inocuidade. Por isso, a fixação de metas e de respectivos mecanismos de monitoramento de cumprimento das ações então definidas para a reparação das ilegalidades reconhecidas pelo Judiciário liga-se direta e necessariamente ao conceito de ECI, funcionando como elemento que confere razão e eficácia à referida técnica processual.

Em razão do objeto que visa tutelar (superação de sistêmicas e generalizadas lesões aos direitos fundamentais), a expedição de ordens estruturantes, ou seja, de mandamentos que incidam sobre várias instituições do Estado, constitui um dos pressupostos de caracterização da doutrina do ECI. Para a reversão dessa realidade inconstitucional, o Judiciário determinará e controlará ações que, em regra, são afetas aos demais Poderes (Legislativo e Executivo), sendo que esses fatos (expedição e supervisão de ordens estruturais), enquanto pressupostos de caracterização do ECI, esbarram em preceitos jurídicos de grande relevância, especialmente quando se fala em tripartição de poderes.

O Judiciário, ao reconhecer a desconformidade constitucional de uma certa realidade, representada por massivas e reiteradas violações de direitos fundamentais, declara sua inconstitucionalidade e, por consequência, “[...] assume funções na formulação de políticas públicas, alocação de recursos e implementação dos direitos econômicos e sociais que caberiam ao Poder Legislativo em um modelo convencional de separação de poderes (ARIZA, 2013, p. 129, tradução minha)¹⁹.

Nesse sentido, os efeitos diretos²⁰ da aplicação do ECI consistem na previsão e na instituição de condutas atribuíveis aos mais variados órgãos do Estado, vinculados principalmente aos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de que seja reduzida a reconhecida distância entre a ordem normativa de um país e a sua realidade social. Essas consequências relacionam-se com os atores mais próximos da relação jurídico-processual instaurada com a declaração do ECI, quais sejam os titulares dos direitos fundamentais violados e os responsáveis, comissiva ou omissivamente, pelas lesões.

¹⁹ No original: “[...] takes on functions in public policy making, resource allocation, and the implementation of economic and social rights that would pertain to the legislative branch in a conventional model of separation of powers”.

²⁰ Garavito e Franco (2010, p. 23-25), com o propósito de determinar os impactos da judicialização de problemas sociais, afirmam que as decisões proferidas nesse âmbito produzem quatro tipos de efeitos: a) os direitos instrumentais, que afetam os atores do caso (litigantes, beneficiários e destinatários das ordens), mediante a determinação e a concretização das ordens previamente reconhecidas como necessárias para a superação das constantes ilegalidades ocorridas; b) os direitos simbólicos, que alteram a percepção da sociedade sobre o problema, passando a tratá-lo como uma questão de direitos humanos; c) os indiretos instrumentais, que, sem estarem previstos nas decisões, incidem sobre os demais atores sociais; e d) os indiretos simbólicos, ligados à legitimação do problema e o reconhecimento de sua urgência e gravidade pela opinião pública.

Por se tratar de um problema estrutural, a alteração do quadro de intensa ilegalidade reconhecido judicialmente impõe a determinação de medidas afetas às mais diversas entidades do Estado, resultando em questionamentos acerca da própria legitimidade do Judiciário em interferir nas matérias e decisões conferidas aos demais Poderes. Todavia, o objeto que se visa tutelar por intermédio da declaração do ECI – os direitos fundamentais – justifica um maior (e não ilimitado) protagonismo do Judiciário, a fim de apreciar eventuais lesões aos direitos essenciais do ser humano (art. 5º, inciso XXXV, CF), principalmente quando essas violações implicam na inobservância do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Isso porque,

[...] se não é correto afirmar que o juiz não deve impor ao administrador público o que considera ser a aplicação mais oportuna ou conveniente do dinheiro público, mais perverso ainda é manter situações de flagrante descumprimento dos direitos fundamentais (v.g, superlotação dos presídios, em manifesta desconsideração da dignidade da pessoa humana; a da não aplicação de recursos mínimos em saúde e educação, retirando da imensa população condições básicas de sobrevivência; o não repasse das verbas orçamentárias para a manutenção de rodovias precárias, gerando elevadíssimos índices de mortalidade etc.). (CAMBI, 2009, p. 245)

Assim, a posição assumida pelas cortes constitucionais de guardião da lei maior do Estado, imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, autoriza uma postura jurisdicional mais ativa, principalmente diante da necessidade de se proteger direitos fundamentais pertencentes a uma categoria de indivíduos que assume posição de vulnerabilidade na sociedade (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 129-130). Tem-se, aqui, o papel contramajoritário característicos das cortes supremas e fundamental à concretização de preceitos constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito. Conforme destacou o ministro Marco Aurélio, ao analisar o pedido cautelar da ADPF 347/DF, que tem como causa de pedir a inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro,

[...] apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

De igual modo, o ministro Edson Fachin ressaltou, no âmbito daquela ação, que “[...] quando os direitos de minorias excluídas são sistematicamente violados, é o Poder Judiciário o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal deve deles fazer a sua morada”. Por isso, o princípio democrático e o da separação de poderes não podem atuar como barreiras intransponíveis para que o Estado, no exercício de sua jurisdição, imponha e/ou proíba condutas aos demais poderes – Legislativo e Executivo – que objetivem encerrar evidentes violações aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Esse argumento não autoriza concluir pela conferência de poder absoluto ao Judiciário de imiscuir-se nas outras funções do Estado, porém, impossibilita que se invoquem princípios e direitos de forma a esvaziar o próprio sentido da Constituição. A legitimidade de eventual intervenção presume comprovada ameaça ou lesão aos direitos fundamentais e proporcional interferência judicial. Dworkin (2000, p. 06), respondendo à questão sobre como os juízes decidem e deveriam decidir casos controversos, afirma que o julgamento de referidos casos deve basear-se em argumentos de princípio político, “que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais”, e não em argumentos de procedimento político, “que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”.

Portanto, a aplicação da doutrina do ECI para a reversão de sistêmicas violações de direitos fundamentais não se traduz na criação e execução de políticas públicas pelo Judiciário, mas apenas permite que referido poder, diante de uma falha estrutural e superável, necessariamente, pela intervenção de diversos agentes envolvidos, efetive direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, ao estabelecer um diálogo institucional com as demais funções da República, a fim de atingir referido objetivo.

A concretização dos direitos fundamentais, principalmente em razão da relevância que direitos dessa espécie assumem no Estado Democrático de Direito, impõe uma atuação convergente e perene das funções estatais, desautorizando que argumentos genéricos de inobservância dos princípios democrático e da separação dos poderes, ou de incapacidade do Poder Judiciário para interferir em decisões de caráter político, justifiquem uma inércia também judicial.

4.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF

Na data de 27 de maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 347/DF, objetivando o reconhecimento do ECI do sistema penitenciário brasileiro e a consequente determinação e aplicações de ações destinadas à superação das consideráveis

violações aos direitos fundamentais dos presos no Brasil. Com base nas falhas estruturais das políticas públicas que visam a resguardar o constitucional cumprimento da pena privativa de liberdade, decorrentes de uma multiplicidade de condutas comissivas e omissivas do Estado, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade da realidade carcerária brasileira, bem como a adoção das seguintes medidas:

a) Elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial, que prevejam meios de enfrentamento do problema prisional, com a fixação de metas, prazos e reservas de recursos, diante do *deficit* de *expertise* do Poder Judiciário para a formulação de políticas públicas;

b) Realização das audiências de custódia, expressamente previstas no art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e no art. 7.5 do Pacto de *San José da Costa Rica*, diante da banalização na decretação das prisões processuais;

c) Necessidade de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, já que a cultura do encarceramento se encontra enraizada no Judiciário, que utiliza a decretação da prisão provisória como regra e desconsidera a realidade do sistema penitenciário brasileiro; e

d) Necessidade de consideração do estado de coisas inconstitucional na aplicação da pena, conferindo absoluta preferência às sanções alternativas à prisão, e na sua execução, mediante o abrandamento proporcional dos requisitos temporais para a concessão de direitos e benefícios e a possibilidade de reconhecimento de cumprimento antecipado da pena, a fim de equacionar o desajuste existente entre as premissas implícitas constantes nas cominações em abstrato das penas privativas de liberdade e a situação penitenciária do Brasil.

Em sede de medida cautelar, pleiteou-se:

a) A determinação de que todos os juízes e tribunais, 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) O reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais a realização de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas, contadas do momento da prisão;

c) A determinação de que os juízes e tribunais brasileiros considerem, 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) O reconhecimento de que a preservação da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que viável, penas alternativas à prisão, diante do sistemático cumprimento da pena em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica;

e) A afirmação de que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;

f) O reconhecimento de 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) A determinação 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”; e

h) A imposição do imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), e vedação à União Federal da realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Em decisão datada de 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal acolheu, em parte, os pedidos liminares formulados, para o fim de, num juízo de cognição sumária, reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e determinar a realização dos itens *b* e *h* acima descritos, além de ordenar, de ofício, que a União e os Estados, e, especificamente, o Estado de São Paulo, encaminhassem informações sobre a situação de seus respectivos sistemas penitenciários:

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 Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

Reconhecida a adequação da via eleita, diante da presença dos requisitos autorizadores da arguição de descumprimento de preceito fundamental (violações a preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e subsidiariedade da medida), o ministro relator Marco Aurélio passou a analisar o mérito da demanda. Ao fazer um estudo dos relatórios elaborados pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos (que acompanhou a petição inicial), acerca dos estabelecimentos penais brasileiros, Marco Aurélio concluiu que “[...] no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica” (ADPF 347 MC, 2015, p. 6).

Afirmou-se, ainda, que esse quadro de ilegalidade é atribuível às três funções da República – legislativa, executiva e judiciária – e representa uma falha estrutural do Estado na garantia dos direitos dos presos, sendo que “Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário [...]” (ADPF 347 MC, 2015, p. 10).

Com base na jurisprudência colombiana, o ministro relator asseverou que, dentro de uma zona de certeza positiva, o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na doutrina do estado de coisas inconstitucional, já que presentes os três principais requisitos desenvolvidos pela Corte Constitucional daquele país como caracterizadores do ECI: violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade estrutural das autoridades públicas em modificar essa situação; e necessidade de atuação de uma pluralidade de órgãos e entidades para a superação das lesões.

Em análise aos pedidos liminares, Marco Aurélio indeferiu apenas os pedidos relativos ao tempo da prisão (redução dos requisitos temporais para fruição de benefícios e direitos e abatimento do tempo de prisão), sob o argumento de existência de disciplina legal sobre os benefícios dos presos e ausência de disposição que autorize a compensação de tempo de custódia definitiva:

Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto (ADPF 347/ MC/DF, 2015, p. 20).

Por consequência, julgou prejudicado o pedido referente à determinação do CNJ para que coordenasse mutirões carcerários de revisão dos processos de execução para atendimento dos pedidos de redução dos requisitos e tempo de prisão dos presos submetidos a condições desumanas de cárcere.

Os pedidos cautelares de determinação aos juízes e tribunais para que: a) motivassem a impossibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão provisória; b) considerassem a ilegal situação carcerária no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e c) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, em observância aos princípios da proporcionalidade e da humanidade da sanção, foram indeferidos²¹, porque, basicamente, decorrem de dever previsto no sistema

²¹ Vencidos os Ministros Relator Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o então Presidente Ricardo Lewandowski.

normativo vigente, notadamente o disposto nos art. 5º, inciso LXVI²²; e art. 93, inciso IX²³, ambos da Constituição Federal; e art. 282, § 6º²⁴; e 315, *caput*²⁵, ambos do Código de Processo Penal.

A fim de atender a determinação cautelar concedida de ofício, em 12 de novembro de 2015, o Estado do Paraná juntou documento (seq. 205 e 206), informando, genericamente, a) o acompanhamento das instalações das audiências de custódia no estado e o apoio à implantação do sistema de monitoramento eletrônico; e b) que o maior problema relativo à situação prisional do estado é a existência de muitos presos provisórios custodiados em delegacias, a ser solucionado com a execução de vinte projetos que contemplam a edificação de novas unidades penitenciárias e a reforma e ampliação das existentes.

Ainda, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná expediu o ofício nº 1521/2015, de 17 de novembro de 2015 (seq. 209), encaminhando cópia das informações prestadas pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário Estadual – GMF/PR, acerca do número de vagas e de presos nas unidades prisionais do estado, referente ao mês de outubro de 2015.

A petição inicial foi aditada pelo PSOL (seq. 293), objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade material de alguns dispositivos da Medida Provisória nº 755/2016²⁶, que alterou a Lei Complementar nº 79/1994, para dispor sobre a transferência direta de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos fundos dos Estados e do Distrito Federal, e a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública.

De acordo com os argumentos apresentados, referida medida provisória, ao autorizar que os recursos do FUNPEN sejam utilizados para outras finalidades desvinculadas diretamente do sistema prisional; reduzir as fontes de receita do citado fundo; e permitir a transferência de

²² Art. 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: [...]

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

²³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

²⁴ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

²⁵ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

²⁶ Revogada pela Lei nº 13.500/2017, que, dentre outras regulamentações, alterou a Lei Complementar nº 79/1994.

parte do *superavit* financeiro do FUNPEN ao Fundo Nacional de Segurança Pública – FNSP, viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do Estado de Direito, da separação de poderes e da proibição do retrocesso social, as regras que proíbem a tortura, o tratamento desumano e degradante e as penas cruéis, e que asseguram aos presos o respeito à integridade física e moral.

Remetidos os autos à Advocacia-Geral da União (AGU) e à Procuradoria-Geral da República (PGR) para se manifestarem sobre o mérito da arguição, a AGU cumpriu a determinação em 07 de dezembro de 2018, afirmando a prejudicialidade dos pedidos principais formulados em face da União, em razão do superveniente Plano Nacional de Segurança Pública divulgado pelo Executivo federal em 05 de fevereiro de 2017. Por sua vez, a PGR, em 05 de setembro de 2019, requereu a parcial procedência dos pedidos, para confirmar as cautelares deferidas de implementação das audiências de custódia e de liberação das verbas do FUNPEN, assim como deferir o requerimento de elaboração de planos de ação nacional, estaduais e distrital para a superação do ECI. Até 03 de dezembro de 2019 os autos encontravam-se conclusos ao relator.

5 AS MEDIDAS DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DO PRESO

Com o objetivo de abordar, profundamente, os sistemas penais, Rusche; Kirchheimer (2004, p. 19-20) afirmam a necessidade de trabalhar a pena a partir de suas verdadeiras relações, despindo-a de seu viés ideológico e da sua finalidade jurídica, para, dessa forma, investigá-la em suas manifestações específicas, identificando as causas de sua mudança e de seu desenvolvimento e as razões para a escolha de certos métodos punitivos em períodos históricos específicos, já que “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”. A partir disso, pode-se destacar épocas em que vigoraram sistemas penais distintos, dentre elas a Alta Idade Média (séc. V-IX), onde a indenização e a fiança foram adotadas como métodos preferidos de punição:

A possibilidade de migração para novos vilarejos propiciava uma oportunidade semelhante de escapar para conquistar a liberdade. Tais processos induziram os senhores feudais a tratarem seus servos com mais atenção. As relações entre o guerreiro senhor feudal e seus servos tinham um caráter tradicional, correspondente a uma determinada relação legal. Estas condições tendiam a prevenir tensões sociais e prover coesão, características deste período. O direito criminal desempenhava um papel importante neste processo como forma de preservação da hierarquia social. Tradição, um bem equilibrado sistema de dependência social e conhecimento religioso da ordem estabelecida eram salvaguardas suficientes e eficientes. A ênfase principal do direito criminal residia na manutenção da ordem pública entre iguais em *status* e bens (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 23-24, destaque no original).

Todavia, a divisão da sociedade em classes sociais e a incapacidade dos subalternos de pagar as fianças contribuíram para a substituição das penas pecuniárias por castigos corporais, sendo que a diferença nas punições aplicadas para os ricos e pobres foram se acentuado com o aumento da criminalidade:

O crescimento constante do crime entre setores do proletariado empobrecido, sobretudo nas grandes cidades, tornou necessário às classes dirigentes buscar novos métodos que fariam a administração da lei penal mais efetiva. O sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças, permaneceu imutável, exceto, no entendo, pelas diferentes aplicações da lei, feitas de acordo com a classe social do condenado. Variações no tratamento de categorias diferentes de delitos e delinquentes (sic) tornaram-se mais pronunciadas. Os acordos privados nas disputas envolvendo atos desonestos, tais como furto, não foram mais permitidos. Inclusive o direito a asilo não mais se aplicou nestes casos. Isto não significa que toda forma de delito contra a propriedade era vista como um ato desonesto. A desonestidade não era considerada pelo ângulo da propriedade furtada ou avariada, mas pelo ângulo da situação da pessoa que furtou ou danificou: o tratamento era mais severo

para um errante ou alguém de baixo *status* social (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 31-32).

Com o advento da escravidão, passou-se a considerar a possibilidade de exploração do trabalho dos prisioneiros, para fins de atender às crescentes demandas decorrentes da extensão do mercado, movida pelo consumo em massa, e para suprimir a incompatibilidade do crescimento demográfico provocada pelas guerras religiosas ocorridas na Europa, em meados do séc. XVI, sendo que o Estado passou a adotar métodos mais humanos de repressão da vadiagem, com a instituição das casas de correção, voltadas a limpar as cidades dos indivíduos indesejados (mendigos e vagabundos) e conquistar a força de trabalho necessária às atividades econômicas (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43-68).

Dessa forma, coube ao mercantilismo construir os fundamentos do sistema carcerário, mas foi no Iluminismo que a sua promoção e elaboração foram realizadas, como resultado da insurgência da burguesia contra as arbitrariedades presentes no sistema punitivo vigente, que objetivou limitar a autoridade dos soberanos e racionalizar a punição (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 109-122). Com o fim do mercantilismo, a introdução das máquinas a vapor e o crescimento da população, que criou um excedente de trabalhadores, aumentou-se a pobreza e, por consequência, a população nas casas de correção, surgindo problemas como superlotação e precariedade das condições de sobrevivência:

A vitória temporária da classe trabalhadora em sua luta pelo direito ao trabalho, dessa forma, encontrou expressão na abolição do trabalho carcerário. Esta é uma indicação significativa da nova situação. Ao invés de uma classe dominante ávida para obter força de trabalho de qualquer jeito, encontramos uma classe trabalhadora montando barricadas para assegurar o reconhecimento oficial de seu direito ao trabalho. A fábrica substitui a casa de correção, que requeria altos investimentos em administração e disciplina (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 138).

O agravamento da pobreza, entre os anos de 1780 e 1830, gerou também um crescimento dos crimes contra a propriedade e generalização de demandas pela expansão do sistema penal, sendo que o cárcere se tornou a principal forma de punição dos delitos praticados, sem que fossem realizados investimento em novas prisões ou melhorias e ampliação nas existentes, limitando-se as despesas com os prisioneiros à manutenção do “[...] padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 136-153).

Esse nexo de causalidade estabelecido entre a adoção de políticas criminais liberais e o aumento da criminalidade ainda é difundido entre a sociedade atual, que clama pela

intensificação na previsão e aplicação das penas privativas de liberdade, principalmente para crimes patrimoniais ou de nenhuma violência (tráfico de drogas), mas que consideram de alta reprovabilidade, sem se atentar para as questões políticas, econômicas e sociais que, de fato, interferem na construção e na implementação dos sistemas penais, supostamente justificados por fundamentos jurídicos inalcançáveis, quando não inexistentes. Destacando a complexidade constitutiva da questão penitenciária, Chies (2013, p. 33) conclui que a ideia do

[...] “bom presídio” é um mito... Mesmo as mais adequadas e salubres estruturas, acompanhadas de dignos serviços de hotelaria e do acesso aos direitos da utopia da pena neutra, não retiram – apenas anestesiaram – os efeitos perversos do sequestro. A prisão é uma instituição antissocial, deturpa qualquer possibilidade de reprodução de condições mínimas de sociabilidade saudável, motivo pelo qual é muito difícil se realizar análises que, ao final, concluam por uma solução de seus paradoxos. Nenhuma conclusão será pelo melhor, mas sim pela maior possibilidade de redução de danos ou por sua abolição.

A demonstração de que os sistemas punitivos variam de acordo com as demandas econômicas e sociais de cada época é essencial para revelar o cenário e as reais causas do seu surgimento e desenvolvimento, além de manter sempre em evidência as prementes discussões críticas que a temática de justiça criminal requer e ressaltar qualquer ideia de que o estudo aqui desenvolvido tem como escopo, ainda que secundário, a legitimação do sistema punitivo brasileiro. Essa multidisciplinaridade de matérias que compõem referido tema também evidencia a impossibilidade de definição de medidas prontas e acabadas para os problemas do sistema carcerário, o que deve ser considerado no momento de avaliação das medidas deferidas e requeridas na ADPF 347/DF. Esse é o objetivo desse capítulo.

Apesar das problematizações que envolvem a racionalização do atual modelo punitivo, que demonstram a necessidade do enfrentamento da questão penitenciária para além das suas finalidades legal e supostamente estabelecidas, a adoção de condutas voltadas à melhoria das condições do cárcere brasileiro e a preocupação com a sua efetividade devem ser imediatas, o que se justifica pelo próprio valor que se pretende proteger: a dignidade do preso diante da reconhecida situação inconstitucional a que estão submetidos. Com efeito, esse capítulo dedica-se à análise das medidas deferidas liminarmente na ADPF nº 347/DF (realização das audiências de custódia e liberação das verbas do FUNPEN) e os resultados até então obtidos com a implementação das referidas determinações. Com base nos relatórios produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta-se o número de audiências de custódia realizadas em todo o território brasileiro, desde a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF),

em 2015, bem como a evolução da população carcerária provisória. Referido conselho também verificou a aplicação das verbas do FUPEN, sendo que os dados indicados são retratados no capítulo, em consonância com as informações obtidas na Auditoria Integrada nº 018.047/2018-1, do Tribunal de Contas da União (TCU), instaurada para idêntica finalidade.

São examinados, ainda, os pedidos definitivos formulados pela PSOL, para reverter o quadro ilegal dos estabelecimentos penais nacionais, observando a complexidade em que o modelo punitivo se encontra inserido, atitude básica para aferir se as ações requeridas na arguição são capazes de atingir o fim proposto: assegurar a dignidade dos encarcerados brasileiros. Por fim, aponta-se a necessidade de se estabelecer instrumentos de controle e monitoramento do cumprimento das determinações, indispensáveis à efetividade das ordens emanadas.

5.1 A pertinência das determinações liminares da ADPF nº 347/2015 para assegurar a dignidade do preso

Dentre as medidas liminares requeridas pelo PSOL na ADPF nº 347/2015, o partido pleiteou a pronta realização das audiências de custódia, com o objetivo de reduzir a superlotação dos presídios brasileiros, sob o argumento de que essas audiências aprimorariam o controle de legalidade das prisões processuais e conteriam sua “banalização”. Com base nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tratados estes incorporados pelo ordenamento jurídico nacional, afirmou que a apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária constitui-se em garantia fundamental, sendo, portanto, de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

A petição inicial destacou, ainda, que o contingenciamento orçamentário das verbas do FUNPEN realizado pelo governo federal e o excesso de rigidez para liberação dos recursos causam uma subutilização dos valores recolhidos para o financiamento de providências necessárias à humanização e modernização do sistema carcerário brasileiro. Diante da sistêmica e considerável violação da dignidade do preso, defendeu-se a impossibilidade de retenção do dinheiro contido no fundo pela União, principalmente porque necessário para a implementação de ações que assegurem o mínimo existencial do encarcerado.

Ao analisar os pedidos, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e, por consequência, determinou a) a aplicação dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que impõem a realização de audiência de custódia; b) o imediato descontingenciamento das

verbas existentes no FUNPEN, com vedação à União Federal da realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro; e c) de ofício, que a União e os Estados encaminhassem informações sobre a situação de seus respectivos sistemas penitenciários²⁷.

De acordo com o relator Marco Aurélio, a audiência de apresentação²⁸, por estar prevista em documentos estrangeiros internalizados no Brasil, deveria ser estendida a todo Poder Judiciário, notadamente diante da hierarquia legal conferida a esses tratados. Considerando que referida medida poderia conduzir à redução da superlotação carcerária e implicar na diminuição dos gastos com a custódia cautelar, votou no sentido de acolher o pedido referente à realização dessas audiências pelos juízes e tribunais, em até noventa dias (ADPF 347 MC, 2015, p. 19).

O artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos determina a condução “sem demora” de qualquer pessoa presa por infração penal à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei. Com redação bastante similar, o artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos também assegura o direito de comparecimento do detido ou retido perante a autoridade judiciária. Mesmo revelando a necessidade de realização célere da audiência de custódia, com a utilização da expressão “sem demora”, ambos os dispositivos deixam de estabelecer um prazo máximo para a apresentação do preso ao juiz.

De igual modo, o Estado brasileiro, apesar de incorporar referidos documentos internacionais ao ordenamento jurídico pátrio, por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992 e Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, respectivamente, não editou²⁹, até a presente data, lei destinada à regulamentação das audiências de custódia, o que, contudo, é incapaz de justificar a não implementação dessa medida, principalmente porque está intimamente ligada ao direito fundamental de liberdade. Diante da inexistência de norma que fixe o prazo para a apresentação do preso ao juiz ou a outra autoridade legalmente autorizada,

²⁷ O presente estudo não analisará essa medida, uma vez que possui caráter eminentemente informativo, não interferindo, de maneira direta, na reversão do quadro de ilegalidades presente no sistema carcerário brasileiro.

²⁸ Nomenclatura sugerida pelo ministro Luiz Fux no julgamento da ADI nº 5240/SP.

²⁹ Desde de 2011 tramita o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, de autoria do então Senador Antônio Carlos Valadares, que visa alterar o §1º do art. 306 do Código de Processo Penal, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

o STF determinou a sua ocorrência em até 24 horas, contando do momento da prisão, em observância ao que dispõe o art. 306, § 1º, do CPP^{30 31}:

Apesar da recepção (ora defendida e justificada), desde 1992, da Convenção acima citada, a falta de previsão legal expressa desse procedimento no Código de Processo Penal brasileiro impediu a implementação das audiências de custódia por um longo tempo. Não se pode considerar, no entanto, a ausência desse requisito formal como o único fator impeditivo à implementação das audiências de custódia no Brasil. O país vive e reproduz uma cultura de encarceramento em massa, observada desde o início dos anos 2000, intensificada em 2006, com o advento, no mesmo ano, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), de julgamentos promovidos pelo Supremo Tribunal Federal que impactaram o sistema penitenciário (como é o caso do Habeas Corpus nº 82.959/SP) e a intensificação das facções criminosas. Digna de nota, do mesmo modo, uma ausência total de compromisso relativo à estruturação de políticas públicas de impacto direto ou mediato na densidade carcerária, para além de uma pura e simples inflação legislativa penal como pedra de toque no trato com a questão (FERREIRA, DIVAN, 2018, p. 535).

Posteriormente, considerando a decisão proferida na ADPF nº 347/2015 e a ausência de lei destinada a disciplinar essa matéria, o CNJ editou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, para dispor sobre a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, estabelecendo que, quando da realização da audiência de custódia, o juiz deve: a) verificar a regularidade do auto de prisão em flagrante, decidindo pela sua homologação ou pelo relaxamento da prisão (art. 310, inciso I, do CPP); b) analisar os requisitos legais da prisão em flagrante e decidir pela concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, inciso III, do CPP) ou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, inciso II, do CPP); e c) perguntar à pessoa presa sobre as condições de sua prisão.

Dessa forma, a audiência de custódia busca não apenas coibir eventuais práticas de maus-tratos ou tortura no momento da prisão em flagrante, mas também reforçar a excepcionalidade do encarceramento provisório, surgindo “[...] justamente neste contexto de conter o poder punitivo, de potencializar a função do processo penal – e da jurisdição – como instrumento de proteção dos direitos humanos e dos princípios processuais” (PAIVA, 2015, p.

³⁰ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

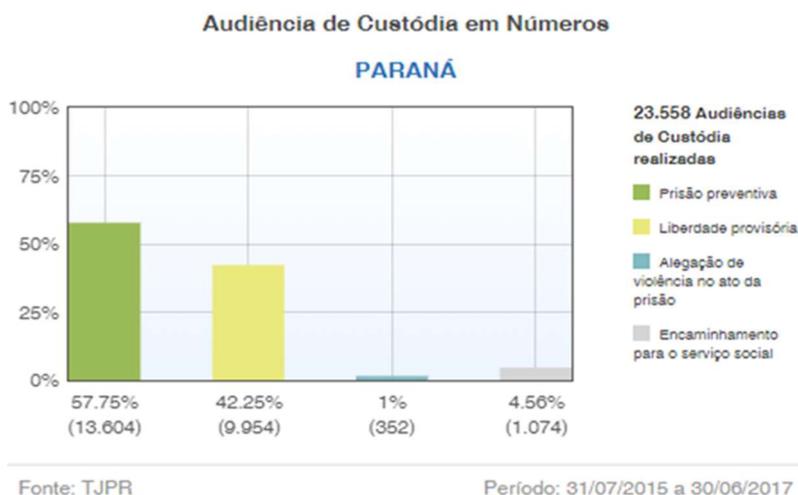
§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

³¹ Em acórdão proferido em 09 de outubro de 2015, no âmbito da ADI 5240/SP, que visava a declaração de inconstitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal, especificamente quanto ao período de 24 horas para apresentação do preso ao juiz, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do dispositivo, já que esse prazo decorre das normas inscritas nos artigos 306, § 1º e 660, *caput*, do CPP.

29). Por meio dessa segunda finalidade, pretende-se resolver, ainda que em parte, o problema de superlotação dos presídios brasileiros, causado principalmente pela cultura do encarceramento, o que justifica a abordagem desse estudo no que se refere apenas a esse objetivo.

De acordo com dados do CNJ³², até junho de 2017, o Brasil havia realizado, no total, 258.485 audiências de custódia, das quais 115.497 (44,68%) resultaram em liberdade e 142.988 (55,32%) em prisão preventiva. Especificamente quanto ao Paraná, o Conselho indica, com base nas informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado (TJPR), que, durante o período de 31 de junho de 2015 a 30 de junho de 2017, o Estado realizou 23.558 audiências de custódia, sendo que em 9.954 (42,25%) foi concedida a liberdade provisória e em 13.604 (57,75%) decretada a prisão preventiva (gráfico 4):

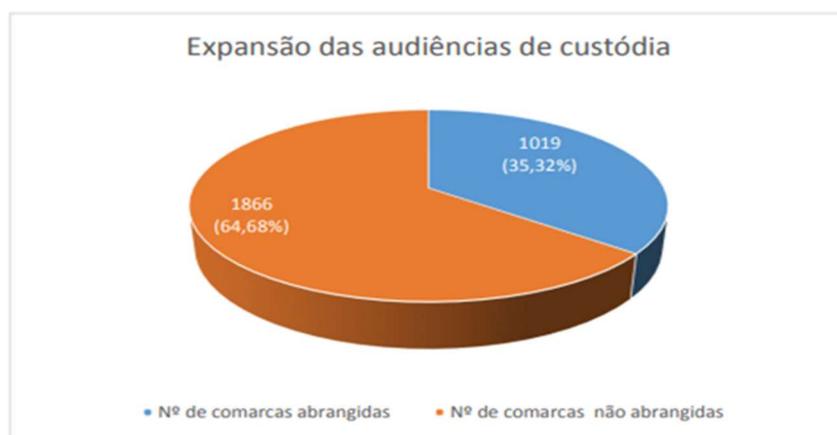
Gráfico 4: Audiências de Custódia no Paraná



Contudo, o Relatório de Expansão das Audiências de Custódia no ano de 2017 (CNJ, 2018, p. 8) demonstra que apenas 35,32% das comarcas do país haviam implementado a citada medida (gráfico 5):

Gráfico 5: Instituição das Audiências de Custódia

³² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 06 set. 2019.



Fonte Sistac

De acordo com o Relatório Analítico Propositivo do CNJ, em junho de 2014, 38,3% da população carcerária brasileira era composta por presos provisórios. No mesmo período do ano seguinte (junho/2015), esse índice reduziu para 37,6%, sofrendo um aumento para 40% no ano de 2016. As últimas informações oficiais divulgadas pelo Conselho revelam que, em agosto de 2018, o número de pessoas presas sem condenação atingia 40,14%. Referidos dados demonstram, a princípio, que desde a implementação das audiências de custódia inexistiu uma significativa redução dos presos provisórios brasileiros.

Por outro lado, Ballesteros (2016, p. 22-23), ao realizar um diagnóstico sobre a implementação das audiências de custódia no país, alerta que uma análise genérica e quantitativa dos resultados divulgados é insuficiente para avaliar o alcance substancial dos objetivos visados com a realização dessas audiências, principalmente porque existe uma considerável discrepância entre os estados no cumprimento das diretrizes estabelecidas pelo CNJ:

[...] além do número de audiências realizadas ser bastante variável, impactando as estruturas dos órgãos do Sistema de Justiça Criminal e do Poder Executivo de forma diferenciada, pode-se supor que a proporção entre liberdades e prisões também está condicionada por essas estruturas, assim como por fatores outros, tais quais as políticas de segurança pública adotadas pelos estados, a cultura profissional e corporativa dos profissionais do SJC, o histórico da política de alternativas penais assumida pelo Judiciário, a disponibilidade e qualidade das políticas sociais e assistenciais do Poder Executivo, que devem ser avaliados especificamente para cada realidade local (BALLESTEROS, 2016, p. 27).

Assim, a relativização das regras sobre as audiências de custódia, como a criação de requisitos ilegais para a apresentação do preso ao juiz ou a utilização de “[...] ‘inovações’ extralegais ou ilegais, como a consulta aos antecedentes do preso ou o encaminhamento

compulsório aos serviços de saúde como forma de medida cautelar, principalmente das pessoas em uso de drogas” (BALLESTEROS, 2016, p. 30-31) interferem negativamente na concretização dos fins perseguidos com a implementação das audiências de custódia. As dificuldades encontradas para a instauração e eficácia dessa medida demonstram a necessidade de uniformização na realização desse ato pré-processual, bem como de adoção de providência destinadas à capacitação dos profissionais que atuam direta ou indiretamente nas audiências (juízes, promotores, defensoria, policiais, servidores).

Quanto ao contingenciamento dos recursos do FUNPEN, o ministro Marco Aurélio fundamentou a sua impossibilidade, nos termos do art. 9º, § 2º da Lei Complementar nº 101, de 2000, que veda a limitação de “despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente”, já que o fundo tem como destinação legal específica o aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro:

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes. [...] Os valores não utilizados deixam de custear não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere (ADPF 347 MC, 2015, p. 22).

O FUNPEN, instituído pela Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994, no âmbito do Ministério da Justiça, e gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), tem como finalidade “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional” (art. 1º). Com base nisso, o art. 3º da citada lei prevê uma série de medidas a serem financiadas pelo fundo, abrangendo não apenas a melhoria estrutural dos estabelecimentos penais e das prestações materiais necessárias à concretização do mínimo existencial, mas também ações voltadas à reinserção social dos custodiados (art. 3º, inciso VII; e art. 3º-A, § 2º), à prevenção de novas práticas delituosas e à redução da criminalidade e da população carcerária (art. 3º, inciso XVII), sendo categorizados pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MDH) em cinco eixos os principais: 1) infraestrutura, aparelhamento e gestão; 2) capacitação de servidores e pesquisas; 3) assistência a pessoas presas e egressas; 4) assistência a vítimas de crime e familiares de pessoas presas; e 5) gênero e políticas para as mulheres presas (BRASIL, 2017, p. 19-20).

Ocorre que, desde a sua criação, o emprego das verbas contidas no fundo se deu de maneira tímida e incompatível com os consideráveis problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro, seja em razão do contingenciamento realizado por parte da União, para fins de obtenção de *superavit* primário, isto é, de resultado positivo de todas as receitas e despesas do governo, com exceção do pagamento de juros (Agência Senado), seja em razão da inexecução parcial ou completa dos projetos de responsabilidade dos entes federados. O ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto no RE nº 592.581/RS, bem demonstrou a “decepcionante” aplicação dos recursos do FUNPEN, destacando, com base nos dados obtidos junto à Coordenação de Engenharia e Arquitetura do DEPEN, que até o ano de 2013 havia sido utilizado pouco mais de R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais) (RE 592.581, 2015, p. 42) do aproximado³³ valor de R\$ 1.755.176.644,67 (um bilhão, setecentos e cinquenta e cinco milhões, cento e setenta e seis mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e sessenta e sete centavos) arrecadado:

Vê-se, pois, que, embora complexo, o problema prisional tem solução, especialmente quanto à disponibilidade de verbas, bastando que a União e os Estados conjuguem esforços para resolvê-lo, superando a sua histórica inércia ou, quem sabe, a persistente ausência de vontade política para atacá-lo de frente (RE 592.581, 2015, p. 43).

Após o deferimento do pedido cautelar referente ao descontingenciamento das verbas do FUNPEN, o Executivo federal editou a Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016, para dispor sobre a transferência de recursos financeiros do FUNPEN aos fundos estaduais e do Distrito Federal. Dentre as alterações promovidas na Lei Complementar nº 79/1994, a medida provisória incluiu o art. 3º-A, para fins de autorizar o repasse obrigatório de 65%, até 31 de dezembro de 2017; 45%, no exercício de 2018; 25%, no exercício de 2018; e 10%, nos exercícios subsequentes da dotação orçamentária do referido fundo aos Estados, Distrito Federal e Municípios, independentemente de convênio ou instrumento congêneres.

Em 23 de maio de 2017, foi editada uma nova medida provisória (MPV nº 781/2017), posteriormente convertida na Lei nº 13.500/2017, que revogou integralmente a MPV nº 755 e

³³ Até junho de 2015, o FUNPEN tinha arrecadado o valor de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos) (RE 592.581, 2015, p. 42), sendo que, durante os anos de 2014 e 2015, o fundo possuía a receita de R\$ 569.534.240,97 (quinhentos e sessenta e nove milhões, quinhentos e trinta e quatro mil, duzentos e quarenta reais e noventa e sete centavos). Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907?ano=2017>>. Acesso em: 10 set. 2019.

estabeleceu a redação da Lei Complementar nº 79/1994³⁴, que também autorizou o repasse direto e obrigatório dos recursos do FUNPEN aos entes federativos, alterando, com relação a esse ponto, apenas a porcentagem do ano de 2017 (75%) e dos demais exercícios (40%):

A nova Medida Provisória reintegrou as fontes de arrecadação do Fundo oriundas de loterias federais, mas manteve as modalidades vinculadas a políticas repressivas. Adicionalmente, inseriu novos incisos que apresentaram, por um lado, sérios problemas, e, por outro, avanços positivos para a prevenção à tortura [...]. O STF ainda não se manifestou sobre como se dará o processamento do Pedido de Aditamento realizado no âmbito da ADPF 347 ante as recentes mudanças legais (BRASIL, 2017, p. 23).

Depois da MPV nº 755/2016, o Ministério da Justiça publicou a Portaria nº 1.414, de 26 de dezembro de 2016^{35 36}, destinada à regulamentação da transferência obrigatória de recursos do FUNPEN independentemente de convênio. Para tanto, previu condições mínimas para habilitação dos entes favorecidos (possuírem fundo penitenciário e órgão específico responsável pela gestão; e firmarem termo de adesão com o DEPEN, constando programa para aplicação dos valores e descrição dos objetivos para melhoria do sistema penitenciário – art. 2º) e detalhou como os repasses deveriam ser feitos, conferindo maior enfoque para as alternativas penais e programas assistenciais:

Art. 1º Os repasses do Fundo Penitenciário Nacional - Funpen a título de transferência obrigatória, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, serão realizados, independentemente de convênio ou instrumento congênere, pelos critérios, parâmetros e condições mínimas para a habilitação previstos nesta Portaria.

§ 1º Até 31 de dezembro de 2017 a dotação orçamentária prevista no inciso I do caput do art. 3º-A da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, deverá ser repassada, respeitados os seguintes parâmetros:

I – aos Estados e ao Distrito Federal, até o limite de cinquenta por cento, para o aprimoramento da infraestrutura e modernização do sistema penal, com o objetivo previsto no inciso I do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 79, de 1994, preferencialmente, para a construção de novos estabelecimentos penais para o cumprimento da pena em regime fechado, ficando a possibilidade de ampliação de estabelecimentos penais já existentes ou de conclusão de estabelecimentos penais em construção condicionada à autorização pelo Ministro de Estado da Justiça e Cidadania, ouvida a área técnica do Departamento Penitenciário Nacional, em face de pedido

³⁴ Alterada pela Lei nº 13.756/2018, que revogou o inciso VIII do caput do art. 2º, que previa como recurso do FUNPEN três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do Governo Federal.

³⁵ A princípio, não revogada pela Lei nº 13.500/2017, que não alterou a regulamentação estabelecida pela Portaria.

³⁶ Alterada pela Portaria nº 72, de 18 de janeiro de 2017, que deu nova redação ao inciso I do § 1º da Portaria nº 1.414/2016.

fundamentado do Governador de Estado que indique expressamente o número de novas vagas providas e o prazo de conclusão das obras; e

II – aos Estados, Distrito Federal e Municípios, no que couber, até o limite de cinquenta por cento, destinados à promoção da cidadania, alternativas penais, controle social, capacitação e qualificação em serviços penais, com os objetivos previstos nos incisos II a X, XIV, XVI e XVIII do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 79, de 1994.

§ 2º Nos exercícios de 2018, 2019 e subsequentes, as dotações orçamentárias previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 3º-A da Lei Complementar nº 79, de 1994, deverão ser repassadas:

I – aos Estados e ao Distrito Federal, até o limite de trinta por cento, para o aprimoramento da infraestrutura e modernização do sistema penal, com o objetivo previsto no inciso I do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 79, de 1994, especificamente, para a construção de novos estabelecimentos penais; e

II – aos Estados, Distrito Federal e Municípios, no que couber, até o limite de setenta por cento, destinados à promoção da cidadania, alternativas penais, controle social, capacitação e qualificação em serviços penais, com os objetivos previstos nos incisos II a X, XIV, XVI e XVII do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 79, de 1994. [...]

Publicada referida Portaria, vinte e cinco³⁷ entes submeteram termos de adesão para verificação da regularidade pelo DEPEN (art. 3º) e posterior autorização da transferência por ato do Ministro da Justiça (art. 3º, § 1º), sendo que o Mecanismo Nacional, ao analisar todos esses procedimentos administrativos, constatou que, no ano de 2016, foi repassado igualmente a cada estado e ao Distrito Federal o valor de R\$ 44.784.444,44 (aproximadamente 44,8 milhões de reais), totalizando nacionalmente um repasse de mais de R\$ 1,1 bilhão (BRASIL, 2017, p. 43):

A priori, o fato de todos os estados terem recebido o mesmo valor para investir nas mesmas políticas demonstra uma inadequação deste descontingenciamento em relação ao ciclo regular de construção de políticas públicas, no qual a investigação do contexto local específico deve orientar ações e investimentos planejados. Aparenta não ter havido um diagnóstico prévio dos problemas regionais e locais ou, pelo menos, não foram levados em conta os diagnósticos preexistentes. O investimento implementou-se num formato de tamanho único, adotando um tratamento homogêneo para realidades distintas. Assim, o Amapá, na região amazônica e com pouco mais de dois mil presos, recebeu o mesmo valor previsto para ser gasto praticamente da mesma forma, que o estado de São Paulo, situado na região Sudeste e com mais de 180 mil presos (BRASIL, 2017, p. 44).

Em exame aos objetivos e programa de realização de despesas apresentados pelos estados, constatou-se que vinte e três entes federativos limitaram-se a prever a aplicação dos

³⁷ Os estados da Bahia e do Ceará não foram contemplados com o repasse das verbas do FUNPEN por não possuírem Fundo Penitenciário Estadual.

recursos na construção de estabelecimentos penais e em equipamentos necessários ao funcionamento e à segurança de penitenciárias, sendo que apenas o Pará apresentou orçamento de R\$ 500 mil para políticas de reinserção social de pessoas presas e egressas e o Tocantins para a realização de ações destinadas a uma diversidade de finalidades: R\$ 400 mil para manutenção de serviços e para investimentos penitenciários; R\$ 400 mil para medidas de formação, aperfeiçoamento e especialização dos servidores penais; R\$ 500 mil para políticas de alternativas penais; e R\$ 800 mil para políticas de assistência a pessoas presas e egressas visando a reinserção à vida em liberdade (BRASIL, 2017, p. 44) (gráfico 6):

Gráfico 6: Repasses Solicitados



Fonte MNPCT

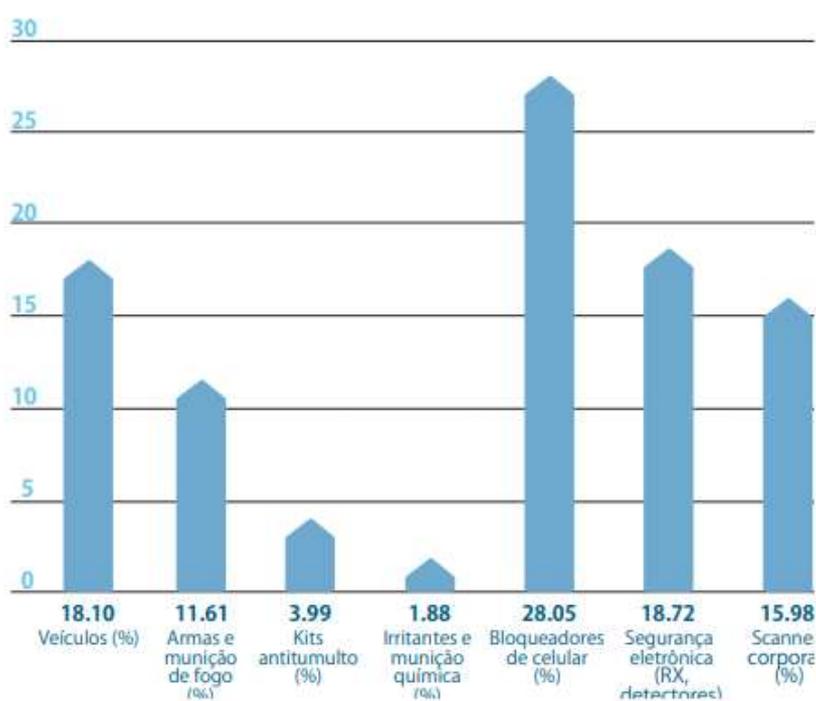
No total, foi solicitado repasse de mais de R\$ 1,5 bilhão, o que culminou na descentralização da quantia aproximada de R\$ 1,1 bilhão, sendo quase R\$ 800 milhões para a construção e reforma de penitenciárias e quase R\$ 350 milhões para o aparelhamento dos estabelecimentos penais, que poderiam ser aplicados nas outras modalidades apresentadas pelo Pará e Tocantins, por exemplo. Os recursos transferidos para a edificação de presídios perfizeram mais de 71% das verbas descontingenciadas do FUNPEN (BRASIL, 2017, p. 46-47):

[...] muitos estados não seguem o disposto nas Regras de Mandela. Há a previsão de construção de penitenciárias com mais de 500 vagas em 12 estados. Particularmente preocupante é o planejamento de construção de superpresídios, com número de vagas superior a 800, em seis estados – Amapá, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rondônia e São Paulo – o que se mostra em flagrante desacordo com as premissas internacionais. É especialmente impactante a dimensão das unidades previstas nos estados do

Amapá e do Paraná, contando com 1.000 e 1.050 vagas, respectivamente. Este cenário pode se agravar considerando a falta de informações sobre vagas previstas nos estados da Paraíba e Rio de Janeiro (BRASIL, 2017, p. 88).

Quanto à aquisição de equipamentos destinados ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais, houve preponderância nos recursos solicitados para bloqueadores de celular, seguidos de aparelhos de segurança eletrônica (raio x; detectores de metal) e veículos (gráfico 7):

Gráfico 7: Repasses Solicitados para Aparelhamento



Fonte MNPCT

As prioridades eleitas por maioria expressiva dos estados para investimento das verbas do FUNPEN demonstram a contínua preocupação do Executivo na manutenção da prisão como regra e um desprezo pelas medidas alternativas à prisão e ações voltadas à reinserção e assistência de pessoas presas e egressas, principalmente porque inexistiu previsão de gastos, por exemplo, com monitoramento eletrônico; realização das audiências de custódia (medida liminar deferida na ADPF 347DF); programas educacionais e profissionalizantes; tratamento psicossocial, seja porque, conforme exposto, trata-se de pauta impopular, seja porque os agentes

políticos se encontram despreparados para superar a cultura do encarceramento amplamente difundida e, por consequência, para enfrentar os problemas penitenciários desde a sua origem.

Além dos vícios encontrados nas previsões de despesas públicas formuladas pelos estados e Distrito Federal para os recursos do FUNPEN, que evidenciam a preferência pela construção e ampliação dos estabelecimentos penais, sem se atentar para demais medidas necessárias à garantia dos direitos fundamentais dos presos (integridade física e moral, assistência médica, jurídica, etc.) e à redução da criminalidade, os repasses do fundo penitenciário estão sendo utilizados de maneira aquém das diretrizes então estabelecidas.

O Tribunal de Contas da União (TCU) instaurou a Auditoria Integrada nº 018.047/2018-1, a fim de verificar se essas transferências estão atendendo às necessidades estruturais do sistema penitenciário brasileiro e em que medida. Para tanto, selecionou-se onze estados (Bahia, Ceará, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Pará, Pernambuco, Piauí, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Goiás)³⁸ e o Distrito Federal, e desdobrou a fiscalização em quatro aspectos principais: a) avaliar a capacidade do fundo de promover efetiva alteração da realidade do sistema penitenciário; b) verificar os processos de planejamento, execução e acompanhamento dos repasses; c) verificar a aderência da aplicação dos recursos aos parâmetros legais e infralegais; e d) averiguar o atingimento de metas preestabelecidas (TCU, 2019).

Desde a edição das leis que determinaram o repasse obrigatório das verbas do FUNPEN, na modalidade fundo a fundo, foram transferidas as seguintes quantias totais anuais: a) R\$ 1.119.611.111,11 em 2016; b) R\$ 590,625.000,01 em 2017; e c) 61.464.281,73 em 2018 (DEPEN)³⁹. Ao analisar as 408 (quatrocentos e oito) contratações previstas pelos estados fiscalizados pelo TCU (2019), não incluindo obras, verificou-se um atraso no cronograma de 68,1%, considerando que apenas 130 (cento e trinta) foram concluídas até setembro de 2018, sendo que, desse quantitativo, 100 (cem) contratações ocorreram sem a instauração do respectivo processo administrativo:

Em termos financeiros, até setembro de 2018, as UFs executaram 49,4% do total repassado em 2016 e 11,9% do repasse de 2017. Considerando o total dos recursos transferidos para custeio e investimento (exceto obras), a

³⁸ De acordo com o acórdão nº 1542/2019, a seleção dos estados auditado baseou-se na adesão das secretarias do TCU nos estados à Fiscalização de Orientação Centralizada, realizada sob coordenação da SecexDefesa, sendo que, com relação ao Goiás, sua escolha ocorreu em razão do alto nível de execução financeira dos recursos do FUNPEN.

³⁹ A Portaria nº 222/2018, do Ministério da Segurança Pública, prorrogou o prazo de execução dos recursos repassados do Fundo Penitenciário nos anos de 2016 e 2017, para 31 de dezembro de 2019, fazendo com que as verbas não executadas nos prazos anteriormente previstos não retornassem ao Fundo.

execução era de 31,9%. Observou-se que oito das doze UFs fiscalizadas ainda não haviam iniciado a execução dos recursos transferidos no repasse de 2017 (TCU, 2019).

Sobre as causas dos atrasos verificados, oito estados relataram problemas com relação à morosidade do DEPEN na análise de pedidos de alteração dos planos de aplicação, especialmente diante do número considerável de requerimentos dessa natureza: até setembro de 2018, houve, em média, 2,3 solicitações por estado por ano (56 no total), o que, além de impactar nas demais atividades de atribuição do Departamento, “[...] demonstra falha na concepção dos planos iniciais por parte das Ufs” (TCU, 2019).

Quanto à criação de vagas no sistema penitenciário, a auditoria também constatou a demora no cumprimento das metas previstas: decorridos 21 meses desde o primeiro repasse obrigatório (dez/2016 a set/2018), apenas 6,7% das vagas esperadas foram criadas e somente 5,3% dos recursos executados. Com base nesses dados, estima-se que, até o final do ano de 2019, sejam criadas 2.854 vagas nas unidades da federação auditadas, número insuficiente para sequer suportar o possível crescimento da população carcerária de 2016 a 2018 projetado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de 7.377 presos (TCU, 2019):

Com intuito de compreender as razões dos baixos resultados da política de criação de vagas, buscaram-se, nos trabalhos de campo, investigar essas causas, tendo-se identificado três fatores preponderantes: a) carência de estudos preliminares de viabilidade e de planos diretores penitenciários por parte das UFs; b) insuficiência de capacidade operacional das UFs; c) insuficiência de quadro técnico do Depen; e d) inadequação dos controles prévios do Depen (TCU, 2019).

A incapacidade dos estados para escolher e executar as medidas adequadas à solução do problema de superpopulação carcerária é revelada, também, pelas decisões acerca da espécie de unidade penal a ser construída, em total desacordo com as necessidades do sistema:

Segundo constatou a auditoria, relativamente às UFs fiscalizadas, a maior carência de vagas do sistema está nas cadeias públicas (concentra 54% do déficit total), tipo de estabelecimento que abriga presos provisórios. Todavia, praticamente não houve alocação de recurso advindo das transferências obrigatórias para esse tipo de construção (cerca de 0,01%).

No regime fechado (penitenciárias), inversamente, o déficit computado é de 16%, ao passo que 88% das novas vagas previstas ser-lhes-ão destinadas.

O regime aberto, por último, responde por 18% do déficit e, assim como o caso das unidades próprias para presos provisórios, não terá vagas erguidas (TCU, 2019).

A análise realizada pela Auditoria Integrada do TCU demonstra, além da precária e má aplicação dos recursos repassados pelo FUNPEN, a possível insuficiência das verbas contidas nesse fundo para auxiliar na reversão do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, principalmente porque inexistente preocupação do poder público em adotar medidas que visem a trabalhar a gênese do problema (aplicação da prisão como regra, elevados índices de reincidência e criminalidade, por exemplo), buscando eminentemente o recrudescimento penal, mediante ampliação dos estabelecimentos para cumprimento das penas privativas de liberdade e, ainda, em desacordo com o *deficit* existente para os tipos de regimes previstos pela legislação penal.

Não se contesta a importância da criação de novas vagas e da melhoria dos atuais estabelecimentos penais, notadamente diante da presente deficiência penitenciária (230 mil vagas, de acordo com o CNMP) e do tendente crescimento da população carcerária (INFOPEN, 2017). Porém, referida prática, desacompanhada de planejamento orçamentário-financeiro e executivo, de curto, médio e longo prazo, e de políticas públicas reservadas à reinserção social do preso, com a conseqüente redução da reincidência, e à prevenção geral das práticas delituosas, acabarão por suavizar momentaneamente (se assim o fizerem) a questão da superlotação carcerária, sem resolver, de fato, o problema, o que resultará, em um curto espaço de tempo, na sua intensificação.

Ambas as medidas deferidas cautelarmente na ADPF 347/DF (realização das audiências de custódias e descontingenciamento das verbas do FUNPEN) são, a princípio, pertinentes para contribuir para a extinção das reiteradas ilegalidades do sistema penitenciário brasileiro, mas a falta de preparo dos órgãos de execução e a insatisfatória regulamentação e fiscalização no cumprimento dessas providências, que se espera sejam definitivamente corrigidas no julgamento da ADPF 347/DF, interferem negativamente no alcance desse objetivo.

5.2 A pertinência das demais medidas requeridas na ADPF nº 347/2015 para assegurar a dignidade do preso

Conforme exposto no subtítulo 4.3 desse estudo, dos oito pedidos cautelares formulados pelo PSOL, na inicial da ADPF nº 347/DF, apenas dois foram deferidos pela Suprema Corte: realização, em até noventa dias, das audiências de custódia e liberação das

verbas contidas no FUNPEN⁴⁰. Os demais requerimentos, todos relacionados à atividade jurisdicional (motivação de decisões que reconhecessem a impossibilidade de aplicação das medidas alternativas à prisão provisória; e redução do tempo de prisão fixado na sentença e/ou para a concessão de benefícios, em razão do quadro de intensa violação aos direitos fundamentais dos presos existente no sistema penitenciário brasileiro), foram indeferidos.

Quanto aos pedidos definitivos, reiterou-se a pretensão de realização das audiências de custódia; de necessidade de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão; e de se considerar o estado de coisas inconstitucional na aplicação da pena, conferindo absoluta preferência às sanções alternativas à prisão, e na sua execução, mediante o abrandamento proporcional dos requisitos temporais para a concessão de direitos e benefícios e a possibilidade de reconhecimento de cumprimento antecipado da pena. Pleiteou-se, ainda, a elaboração e implementação de planos pela União e estados, sob monitoramento judicial, que prevejam meios de enfrentamento do problema prisional, com a fixação de metas, prazos e reservas de recursos.

A superlotação dos estabelecimentos penais brasileiros funciona como a principal causa das violações aos direitos fundamentais dos encarcerados, provocando péssimas condições de acomodação, alimentação e higiene dos encarcerados. Por outro lado, a insuficiência e o despreparo dos agentes penitenciário intensifica a violência, contribui para o início de rebeliões e para a ocorrência de fugas dos presídios, sendo que todos esses fatos constroem um cenário inconstitucional de cumprimento da pena privativa de liberdade, que deslegitima a incidência do Direito Penal, notadamente porque contrário aos princípios justificadores da sua existência e aplicação e impeditivo das finalidades jurídicas por ele buscadas (punição e ressocialização do condenado).

Com o propósito de reduzir a população carcerária brasileira, o STF deferiu, cautelarmente, o pedido de realização das audiências de custódia, previstas nos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, documentos estes promulgados pelo Brasil. Contudo, os dados apresentados anteriormente (subtítulo 5.1) demonstram que, desde a instalação obrigatória dessas audiências, houve um aumento do número de presos brasileiros, inclusive os provisórios: os números divulgados pelo CNJ revelam que, do ano de 2015 até agosto de 2018, a quantidade de pessoas presas provisoriamente cresceu 2,54%.

⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal determinou, de ofício, à União e aos estados, que encaminhassem informações sobre a situação dos seus respectivos sistemas penitenciários.

A liberação das verbas do FUNPEN também visa auxiliar na melhoria da estrutura prisional, uma vez que o Fundo foi instituído justamente para proporcionar recursos e meios de financiamento e apoio das atividades e programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro (art. 1º da LC nº 79/1994). Além de arrecadar verbas destinadas ao aumento e à reforma dos estabelecimentos penais, para, assim, colaborar com a redução do *deficit* de vagas, os recursos do FUNPEN também devem ser aplicados em políticas que busquem a reinserção social dos presos, a fim de diminuir os índices de reincidência e de criminalidade do país. Todavia, em recente decisão proferida pelo TCU (2019), constatou-se que a gestão dos valores repassados vem ocorrendo em total desconformidade com os problemas encontrados nos estabelecimentos penais nacionais, diante do significativo atraso na execução das verbas e da aplicação em desacordo com a demanda de vagas dos regimes prisionais.

O tema de lesão aos direitos fundamentais de presos não foi colocado sob jurisdição do STF pela primeira vez por meio da ADPF nº 347/DF. Demandas de diversas naturezas, que tratam sobre as condições inconstitucionais a que estão submetidos os custodiados brasileiros, estão ou foram analisadas pela Suprema Corte: RE nº 580.252/MS e ADI nº 5.170/DF, que tratam do dever do Estado indenizar os presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes; RE nº 641.320/RS, que versa sobre o direito do condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional; RE nº 592.581/RS, que reconheceu a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos; e etc.

No entanto, é incontestável a relevância que se conferiu ao referido assunto com a propositura da ADPF nº 347/DF, principalmente diante da abrangência que se buscou alcançar com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e os seus respectivos efeitos. É evidente, também, que a decisão liminar proferida na arguição inaugurou a aplicação da doutrina do ECI no âmbito nacional, sendo que a decisão cautelar proferida pelo STF inovou na jurisprudência e trouxe importantes desafios para os teóricos e aplicadores do Direito, bem como para destinatários das ações que se busca definir como essenciais para a reversão da realidade inconstitucional do cárcere do país.

A recente determinação de realização das audiências de custódia e a ausência de lei que regulamenta a matéria impendem a formação de um juízo de valor definitivo acerca da existência ou não de relevância (e em qual grau) dessa medida para auxiliar na superação do quadro de intensas e reiteradas ofensas à dignidade humana do preso. Porém, os resultados até

então verificados corroboram a afirmação trazida nesse trabalho de que o Direito Penal é utilizado como principal meio de exclusão social, caracterizado como um instrumento de poder, para fins de controle dos indivíduos considerados insignificantes e prejudiciais à sociedade globalizada. O sistema de justiça penal possui clientela preferencial (homens, negros, jovens, de baixa renda e baixo nível de escolaridade ⁴¹), selecionada desde o momento da abordagem policial até o exercício da jurisdição.

A cultura do encarceramento é afeta não apenas à sociedade que aposta, sem relutar, na pena privativa de liberdade como a única resposta para os crimes considerados, por ela, de maior gravidade, mas também ao Poder Judiciário, que utiliza referida pena como regra, ignorando o previsto no art. 5º, *caput*, e incisos LVII e LXI, da Constituição Federal. Por isso, o pedido definitivo formulado pelo PSOL, de motivação das decisões que reconheçam a impossibilidade de aplicação das medidas alternativas à prisão provisória, ainda que pareça redundante diante das exigências contidas no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal⁴² e art. 315 do Código de Processo Penal⁴³, mostra-se adequado ao maior controle das decisões judiciais e, por consequência, ao combate da excepcionalidade conferida ao direito à liberdade na persecução penal, principalmente diante do expressivo número de presos provisórios nos presídios brasileiros (40,14%).

O principal argumento apresentado para o indeferimento desse pedido foi a existência de mandamento constitucional que impõe ao Poder Judiciário o dever de fundamentar todas as suas decisões, o que tornaria inócua a concessão da referida medida. O Ministro Luís Roberto Barroso apontou, ainda, a possibilidade de caber eventuais reclamações ao STF de toda decisão que decida pela prisão preventiva, sob o fundamento de motivação insatisfatória. Ocorre que, assim como a necessidade de fundamentação das decisões judiciais resulta diretamente do ordenamento jurídico vigente, a inviolabilidade da dignidade do encarcerado (art. 1º, III, CF), a vedação de tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, CF); a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”, CF); a garantia da integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, CF); e outros muitos direitos fundamentais são assegurados constitucionalmente aos encarcerados,

⁴¹ De acordo com dados do INFOPEN (2017, p. 30-34), em junho de 2016, a população prisional possuía o seguinte perfil: formada por 75% de jovens, considerados até 29 anos; 64% de pessoas negras; e 75% de pessoas sem acesso ao ensino médio.

⁴² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁴³ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

decorrendo imediatamente do arcabouço normativo vigente, mas nem por isso são observados pelo Estado.

Um exemplo que bem ilustra essa questão e refuta a justificativa apresentada pela Suprema Corte para negar o requerimento de determinação aos juízes que motivem a impossibilidade de aplicação das medidas cautelares alternativas à privação da liberdade é a própria audiência de custódia: prevista pela legislação nacional desde 1992, o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata, e a consequente imposição da sua realização, apenas ocorreu com a decisão liminar proferida no âmbito da ADPF nº 347/DF, no ano de 2015. Inobstante a existência de dois documentos normativos, de regulamentação de direitos fundamentais, que impõe a apresentação mais breve possível do preso à autoridade judiciária (art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos) e o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal (aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais), a realização das audiências de custódia era considerada faculdade do Poder Judiciário e não um direito fundamental do detido.

Sobre o risco de interposição de inúmeras reclamações ao STF, é importante considerar que a particular movimentação que a propositura do referido recurso ensejará, com a reanálise pelo juiz reclamado dos motivos que o levaram a decidir pela decretação ou manutenção da prisão provisória – já que ao STF não caberá examinar o mérito da demanda, mas apenas deliberar sobre a existência ou não de fundamentação adequada – pode contribuir para a redução de decisões abstratas e, portanto, ilegais.

A pretensão de se determinar a exposição das razões que impedem a concessão de medidas alternativas à prisão, busca, em verdade, dificultar o emprego de subjetivismos na fundamentação de decisões que decretam e/ou mantêm prisões provisórias, como a gravidade em abstrato do delito supostamente praticado ou a valoração genérica dos requisitos previstos no art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal⁴⁴. Destaca-se que, dos crimes imputados às pessoas privadas de liberdade, 24,74% referem-se ao tráfico de drogas (CNJ, 2018, p. 39), tipo penal sem violência ou grave ameaça e que visa tutelar a saúde pública.

Outro argumento favorável à concessão desse pedido é justamente a reconhecida falha estrutural das políticas públicas destinadas à garantia dos direitos fundamentais dos encarcerados brasileiros, que, como o próprio nome sugere, é atribuída à todas as funções do Estado, incluindo, aqui, a judiciária. O Poder Judiciário, além de definir o direito aplicado ao

⁴⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

caso posto sob jurisdição, precisa estabelecer os respectivos meios de concretização de suas decisões, notadamente nos casos de omissões estatais no cumprimento de normas constitucionais de caráter fundamental, como ocorre com o sistema carcerário nacional. Nesse caso, para que sejam efetivas, essas medidas devem abarcar inclusive referido poder, que também contribui significativamente para as atuais condições ilegais das prisões brasileiras.

Aqui, ao mesmo tempo em que o Judiciário atua como mandante das medidas a serem adotadas para reverter a complexa situação ilegal do sistema penitenciário do país, por via direta, ele assume o papel de mandatário da sua própria ordem, especialmente diante da concreta relação existente entre essa função e a decretação das penas privativas de liberdade (provisórias e definitivas). Reconhecida a tendência ao recrudescimento penal e a corrente cultura do encarceramento, justifica-se a adoção de medidas que visem impedir a continuação e o fortalecimento dessas práticas contrárias às normas vigentes no país, legitimadoras do Direito Penal e norteadoras do Estado Democrático de Direito.

A necessidade de fundamentação das decisões que negam a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão como uma das ações dirigidas à reversão do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro possui íntima ligação com a finalidade que se busca alcançar com a instauração das audiências de custódia – redução da superpopulação carcerária –, já que, ainda que haja a apresentação do preso em flagrante à autoridade judiciária, a utilização da prisão como regra pelos juízes impede que se alcance resultados positivos de diminuição do *deficit* de vagas em presídios nacionais. Esse dever de motivação visa, em verdade, compelir a autoridade judiciária a analisar, de maneira individualizada e concreta, os pedidos relativos à prisão provisória, a fim de reduzir a prolação de decisões genéricas e pretensamente fundamentadas.

Por outro lado, o pedido para que se considere o estado de coisas inconstitucional no momento de fixação da pena e na sua execução, além de não possuir base legal, deixa de tratar especificamente da violação à dignidade do preso no sistema carcerário nacional, consistindo em medida que surtirá efeitos apenas na duração da pena privativa de liberdade, o que demonstra sua impertinência para a reversão do ECI reconhecido na ADPF 347/2015. Acerca do tema, destaca-se trecho do voto proferido pela Ministra Rosa Weber, no RE nº 580.252, sobre o voto divergente proferido pelo Ministro Roberto Barroso, que reconheceu a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos presos em decorrência das condições desumanas do cárcere brasileiro, que deveriam ser reparados, preferencialmente, com a remição da pena. Apesar da divergência de objetos, o raciocínio apresentado pela Ministra, que aponta a necessidade de se distinguir a dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade, cabe

perfeitamente aos fins que se busca com a aplicação da doutrina do estado de coisas inconstitucional:

A proposta de abreviação da pena, a despeito de seu brilhantismo, não esgota a complexidade do problema, pois não diz com a dignidade do preso, que é o bem ofendido pelo Estado, e sim com a liberdade. São bens jurídicos diversos e tal conclusão decorre da natureza das coisas, embora também se infira da legislação (art. 38 do Código Penal -“O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”; art. 3º da Lei de Execução Penal - “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei” e, especialmente, Constituição Federal, art. 5º, XLVII, ‘a’, e XLIX, que impedem penas cruéis e asseguram aos presos o respeito à integridade física e moral, tudo isso, evidentemente, encontrando-se eles destituídos de liberdade).

A declaração de uma realidade inconstitucional tem como fim precípua a fixação de medidas capazes que revertam a situação ilegal reconhecida, o que impõe a definição de ações que considerem o problema – no caso do sistema penitenciário brasileiro, tem-se o desrespeito à dignidade do preso – e, a partir disso, desenvolvam mecanismos que impeçam e/ou reduzam as suas causas, com vista a superá-lo. Considerar as circunstâncias degradantes a que estão submetidos os presos brasileiros no momento de dosimetria das sanções ou na fase de execução penal, com a finalidade de reduzir os requisitos temporais para concessão de direitos e benefícios, representa louvável providência humanitária, que busca diminuir o período em que o encarcerado ficará submetido à inconstitucional situação penitenciária nacional. Referida medida, contudo, mostra-se incapaz de auxiliar, ainda que indiretamente, na melhoria dos estabelecimentos penais brasileiros e, conseqüentemente, na garantia dos direitos fundamentais dos custodiados.

Por fim, o pedido de elaboração e implementação de planos pela União e estados para o enfrentamento do problema prisional brasileiro, com a fixação de metas, prazos e reservas de recursos e sob monitoramento judicial, apesar de não consistir em medida direta a ser aplicada na tentativa de solucionar as ilegalidades ocorridas nas prisões nacionais, trata-se de importante instrumento direcionador das atividades adotadas para atingir essa finalidade, já que possibilita a real organização das ações que devem ser praticadas e a eleição das prioridades existentes e pode evitar a realização de despesas incompatíveis com a necessidade do sistema, conforme melhor retratado no próximo subtítulo.

5.3 A relevância do monitoramento da decisão para a efetividade das medidas

O título 2 desse estudo objetivou analisar conceitos que carregam, em sua formação, valores básicos sobre os quais se institui e se justifica o Estado brasileiro, e a partir dos quais se legitima o exercício estatal do poder de punir. A análise da origem e das características da concepção de Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e da separação dos poderes e a sua relação com a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais permitiu definir os pressupostos que devem condicionar a atividade do Estado e que, portanto, impõem à todas as suas funções (executiva, legislativa e judiciária) uma atuação conforme os preceitos que fundamentam a própria existência do ente estatal.

Por consequência, o *jus puniendi* também se encontra delineado pelos princípios que decorrem implícita e explicitamente desses ideais, incidindo não apenas na fase de elaboração da lei penal, como também na sua aplicação e execução. Todavia, conforme demonstrado no título 3 dessa dissertação, a racionalidade do Direito Penal é desconstituída, no âmbito nacional, pela completa distância existente entre o arcabouço normativo vigente e a realidade penitenciária do país, ocasionada, principalmente, pela utilização do referido ramo como forma de manutenção da sociedade capitalista e como instrumento de poder da classe dominante sobre aqueles que ameaçam os bens jurídicos definidos por ela como de maior relevância social.

Andrade (2003, p. 33-51), ao defender a necessária superação do atual modelo de controle punitivo, diante da ausência de qualquer base teórica e empírica que o sustente, depois da desconstrução do conceito de criminalidade com base no paradigma da reação social, justifica seu posicionamento pelo fato de que, apesar de a criminalidade se manifestar no comportamento da maioria, a criminalização atua de maneira desigual, sendo que essa seletividade decorre justamente da incapacidade do sistema penal operacionalizar toda a programação da lei penal, bem como das características das infrações e da conotação social do autor:

Os conceitos de *second code e basic rules* conectam precisamente a seleção operada pelo controle penal formal com o controle social informal, mostrando como os mecanismos seletivos presentes na sociedade colonizam e condicionam a seletividade decisória dos agentes do sistema penal num processo interativo de poder entre controladores e controlados (público), perante o qual a assepsia da Dogmática Penal para exorcizá-los assumem toda extensão do seu artificialismo, pois, reconduzindo ao controle social global, o sistema penal aparece como filtro último e uma fase avançada de um processo de seleção que tem lugar no controle informal (família, escola, mercado de trabalho), mas os mecanismos deste atuam também paralelamente e por dentro do controle penal (ANDRADE, 2003, p. 53-54, destaque no original).

Assim, antes de se preocupar com as finalidades que conferem legitimidade ao Direito Penal – punição da conduta infratora e prevenção da prática de novos delitos pelo então infrator e pela sociedade – o sistema penitenciário visa garantir uma ordem econômica e uma hierarquização social necessárias à conservação da sociedade capitalista, o que invalida todo o discurso racional estruturado para justificar sua existência, aplicação e execução. Isso porque, referido ramo não defende de maneira igualitária todos os bens jurídicos essenciais, além de distribuir desigualmente, entre os indivíduos, a caracterização do que é crime e o respectivo grau de efetividade da tutela, desconsiderando o real desvalor de conduta e do resultado provocado por determinada prática criminosa:

Não apenas as normas penais se criam e se aplicam seletivamente, e o desigual tratamento de situações e de sujeitos iguais, no processo social de definição da “criminalidade”, responde a uma lógica de relações assimétricas de distribuição do poder e dos recursos na sociedade (estrutura vertical), mas o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade (ANDRADE, 2003, p. 55).

Chies (2013, p. 21-23), ao examinar os elementos teóricos e concretos da questão penitenciária, utiliza, dentre outros referenciais, as perspectivas da economia política da penalidade para tensionar e enfrentar referida matéria. Estabelecendo uma relação direta entre economia e controle social, a citada orientação criminológica apresenta a docilização dos corpos e a produção da delinquência como as principais funcionalidades do sistema penitenciário,

[...] permitindo por parte das dinâmicas de poder e de dominação social a extração de ganhos estratégicos, seja porque a docilização dos corpos se dirige também à utilização econômica das forças corporais (a domesticação do delinquente em trabalhador), seja porque a produção da delinquência contribui para a moralização da classe trabalhadora e para o ocultamento da criminalidade que se pode associar à classe dominante.

Para além dessa dimensão instrumental das instituições carcerárias, Chies (2013, p. 23) aponta a necessidade de se avançar sobre as suas dimensões simbólicas, defendendo a adoção de um viés contributivo da economia política da penalidade para analisar a questão penitenciária. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que assumem a função principal de produção de uma força de trabalho disciplinada e disponível ao sistema de produção industrial e às finalidades do modelo econômico, as prisões materializam um modelo ideal de sociedade

capitalista, desconstruindo o indivíduo pobre, criminoso e prisioneiro para transformá-lo em proletário:

A instituição carcerária é pois, certamente, uma tecnologia repressiva, uma vez que impõe ao detento uma situação de provação absoluta que faz dele um sujeito totalmente dependente do aparelho de poder que o subordina. Mas é também um poderoso *dispositivo ideológico*, uma vez que lhe impõe a submissão ao trabalho como único caminho para sair dessa condição. Revela-se, assim, o paradoxo de um mecanismo que, de um lado, produz provação, falta, carência, e, de outro, impõe as próprias engrenagens disciplinares como remédio para esta condição (GIORGI, 2006, p. 46, destaque no original).

As disfunções existentes no sistema penal impedem a observância dos princípios e regras que deveriam nortear o exercício do poder de punir e colocam em último plano as finalidades que, em tese, justificam a incidência do Direito Penal. O discurso de defesa das instituições penitenciárias como necessárias à garantia da ordem pública e à manutenção da harmonia social contribui para conservação desse modelo de punição, ainda que violador da dignidade do encarcerado e mesmo diante do seu completo insucesso, revelado pelo constate aumento da criminalidade:

A convicção arraigada de que o criminoso é internado na penitenciária para ser punido, intimidado e recuperado, corresponde a certeza tranqüila (sic) e inconcussa e que a via para obter tais fins é:

- impedir que o preso fuja; e
- manter em rigorosa disciplina a comunidade carcerária.

Tal é o grau de importância emprestado a esses meios, tidos como os únicos cômputos para atingir as metas propostas, que a sociedade os eleva a uma posição de prevalência, relativamente aos próprios fins – ou seja: os meios transformam-se em fins e, mais, em fins prioritários (THOMPSON, 2002, p. 7-8).

A evidente incompatibilidade existente entre o meio apto a punir o agente infrator (intimidação) e a sua pretendida recuperação, assim como o menosprezo atribuído aos direitos e garantias fundamentais dos presos quando confrontados com medidas de conservação do seu aprisionamento interferem de forma decisiva na questão penitenciária, resultando numa complexidade impossível de ser resolvida dissociada do contexto social, político e econômico na qual está inserida:

No momento, esposo o ponto de vista de que a questão penitenciária não tem solução “em si”, porque não se trata de um problema “em si”, mas parte integrante de outro maior: a questão criminal, com referência ao qual não desfruta de qualquer autonomia. A seu turno, a questão criminal também nada

mais é que mero elemento de outro problema mais amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas. Sem mexer nestas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, na área penitenciária (THOMPSON, 2002, p. 110).

Por isso, soluções isoladas de redução da população carcerária brasileira, como as deferidas cautelarmente na ADPF nº 347/DF (realização das audiências de custódia e liberação de verbas para melhoria e construção de novos estabelecimentos) e as requeridas definitivamente (fundamentação de decisões que deixam de aplicar medidas alternativas à prisão e redução de pena e do requisito temporal para conseguir benefícios prisionais), são incapazes de enfrentar, de maneira definitiva, o atual fracasso do sistema penitenciário e de conferir a legitimidade tão indispensável, e ao mesmo tempo tão inalcançável, do atual modelo de punição, em razão da sua própria maneira de ser, pois “[...] treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativeiro, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas” (THOMPSON, 2002, p. 13).

Todavia, a constatação de que a questão penitenciária impõe soluções que transcendam o próprio sistema penal, já que moldada também por fatores políticos, sociais e econômicos, e que a provável resposta para seus insistentes problemas seja a superação do atual modelo punitivo, não impede a adoção de medidas destinadas a reduzir os danos causados pelo sistema (CHIES, 2013, p. 32), principalmente devido à interdisciplinaridade que lhe característica e da consequente demora que se requer para atingir referida transformação:

Enquanto não for possível nos livrarmos desse equívoco histórico que é a pena de prisão, não podemos, simplesmente, ficar de braços cruzados. Homens e mulheres são condenados à prisão todos os dias e não acredito que procurar minorar o sofrimento dessas pessoas corresponda a legitimar a ideologia que defende o aprimoramento do sistema prisional para continuar legitimando seu uso, com a justificativa hipócrita de que os infratores vão para as prisões para serem “ressocializados” (LEMGRUBER, 1999, p. 161).

Feitos como a ADPF nº 347/DF, ou demais provocações do Judiciário para tentar minimizar as gravíssimas e constantes violações aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, longe de legitimarem o abusivo e inconstitucional exercício da pretensão punitiva, revelam-se os mais prováveis de atingirem, ainda que de maneira incompleta, mas em maior grau, os resultados buscados, especialmente porque a função judiciária encontra-se mais distante das pressões populares, o que é um fator diferenciador e determinante na defesa dos direitos e garantias das minorias. Além disso, incluir o Poder Judiciário na formação e no acompanhamento de políticas públicas destinadas à melhoria do sistema penitenciário

brasileiro, com o objetivo último de assegurar a dignidade dos encarcerados, mediante a definição de medidas estruturais, permite uma fiscalização direta do progresso e do desempenho das ações fixadas e materializa a completa tutela dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, que apenas é possível mediante a atuação de todas as funções do Estado.

A aplicação da doutrina do ECI para superar as incontáveis ilegalidades presentes nas instituições carcerárias brasileiras pode ser efetiva, justamente porque ela estabelece um diálogo entre os Poderes da República, diminuindo o espaço para decisões inexecutáveis e viabilizando o estudo conjunto da matéria por pessoas que atuam diretamente no sistema penitenciário, o que facilita a identificação de falhas e, por consequência, favorece a definição de medidas com maior potencial de resultado:

Na realidade, cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com que se passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado – o que ele procura colocar na lei, no Código Penal – e as diferentes práticas das instituições e dos homens que as fazem funcionar. Tais instituições não têm nada em comum, a não ser uma referência genérica à lei penal e à cosmologia repressiva, liame excessivamente vago para garantir uma ação conjunta e harmônica. Tais instituições estão, de fato, compartimentalizadas em estruturas independentes, encerradas em mentalidades voltadas para si mesmas (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 59).

Ainda que as medidas deferidas cautelarmente na ADPF nº 347/DF não tenham, até então, contribuído para a redução da população carcerária brasileira, tampouco para a diminuição das constantes violações aos direitos fundamentais dos presos, o momento processual em que foram concedidas (que requer apenas um juízo de cognição sumária) e ausência de precedentes jurisprudências nacionais passíveis de orientar o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ECI desautorizam concluir pelo fracasso da demanda, que sequer foi julgada definitivamente. De igual modo, o insucesso da aplicação do ECI pela Corte colombiana, no caso do sistema carcerário daquele país, não implica na sua necessária frustração no contexto brasileiro. Pelo contrário, a sentença T – 153, de 1998, que tratou da referida matéria, deve servir como fonte de identificação das possíveis causas que levaram a sua inefetividade:

[...] o erro da Corte no enfrentamento do ECI do sistema carcerário por meio da *Sentencias* T – 153, de 1998, foi proferir ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação. As ordens foram flexíveis, possibilitando que os outros

poderes manifestassem suas capacidades institucionais, mas faltou uma “jurisdição supervisória” sobre essa efetiva manifestação. A Corte pecou em acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas. Ela se descuidou com a real possibilidade de as autoridades públicas não cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas (CAMPOS, 2016, p. 134, destaque no original).

Nesse sentido, Campos (2016, p. 152) destaca que o fator determinante para a efetividade das decisões que reconheçam o ECI é o monitoramento da implementação das ordens determinadas pela Corte, o que não ocorreu no caso do sistema penitenciário da Colômbia. Essa constatação é justificada pela sentença T – 025, de 2004, que tratou da violação massiva dos direitos fundamentais de pessoas deslocadas em decorrência do contexto de violência no citado país (caso do deslocamento forçado):

Não obstante, a principal marca dessa sentença talvez não seja o seu conteúdo propriamente dito, e sim a forma com a Corte cuidou de sua implementação. Preocupada com a eficácia da decisão e tendo em conta as falhas passadas de efetividade, principalmente, no caso do sistema carcerário, a Corte monitorou as providências adotadas pelo Governo: em dez anos (até abril de 2014), realizou vinte audiências públicas com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil, nas quais deliberou sobre a adequação, o andamento e o aperfeiçoamento das políticas públicas formuladas. Para além da justificação e formulação das ordens estruturais, a Corte preocupou-se com a “sentença em movimento” (CAMPOS, 2016, p. 152).

Além da realização das audiências públicas, que são capazes de aproximar a sociedade da questão discutida e de possibilitar a participação da população interessada na identificação de problemas e na sugestão de possíveis ações para a superação do declarado ECI, a Corte Constitucional da Colômbia expediu, entre os anos de 2004 a 2014, duzentas e oitenta e nove decisões de sequência, conhecidas como *autos*, para monitorar a implementação de suas ordens, solicitando informações e ações concretas, adotando indicadores para avaliar o progresso na realização dos direitos das pessoas deslocadas, e etc. (CAMPOS, 2016, p. 152-153).

Considerando a complexidade que envolve a questão carcerária, bem como a consequente variedade de medidas que se requer para o enfrentamento da matéria, a retenção da jurisdição pela Suprema Corte, com o propósito de acompanhar o cumprimento das ordens expedidas e identificar as prováveis falhas e necessárias mudanças das medidas determinadas, até que se encerre a situação inconstitucional reconhecida, parece o caminho mais adequado na busca da garantia da dignidade do preso. A identificação das medidas suficientes para reverter as ininterruptas, progressivas e acentuadas violações aos direitos fundamentais dos

encarcerados brasileiro não é resultado de uma fórmula pronta, mas sim de um constante movimento de definição, aplicação, verificação de resultados e correção de erros encontrados nas ações então estabelecidas.

Com essa afirmação, não se olvida da urgência da matéria enfrentada – assegurar a dignidade dos custodiados brasileiros –, mas seria no mínimo incoerente afirmar que, para uma questão de tamanha profundidade, sobre a qual incide fatores de diversas naturezas (econômicos, sociais e políticos), seja possível identificar medidas que prescindirão de quaisquer reparos e/ou complementos. Os pedidos concedidos liminarmente na ADPF nº 347/DF deveriam (assim como as posteriores condutas determinadas na sentença deverão) ser fiscalizados regularmente pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que esse controle precisa abranger não apenas o real cumprimento da medida, mas também a forma como ele está ocorrendo.

Desde 2015, quando houve a determinação para que fossem implementadas as audiências de custódia e para que liberassem as verbas do FUPEN, inexistem nos autos da ADPF 347/DF notícias de ações adotadas pelo STF que visem o monitoramento da maneira como foram/estão sendo executadas essas medidas e dos resultados até então alcançados. Afigura lógico, por exemplo, que, para o problema da superpopulação carcerária, defira-se o requerimento de liberação de verbas para a construção e melhoria dos estabelecimentos penais, porém, a ausência de supervisão na aplicação dos recursos e o despreparo dos agentes públicos executores fazem com que eles sejam despendidos em desacordo com as necessidades existentes no sistema, comprometendo a separação de presos provisórios e definitivos (art. 300, CPP), o cumprimento da pena privativa de liberdade de acordo com seu regime (art. 33, § 1º, *a, b, c*, CP), a progressão de regime (art. 33, § 2º, CP), enfim, o real progresso da estrutura carcerária.

Por isso, a melhoria das condições de encarceramento requer, acima da preocupação com o conteúdo da medida, que sejam definidas formas de monitoramento do seu cumprimento e desenvolvimento, a fim de construir um plano de ação atualizado e coeso, que fixe prioridades, estabeleça prazos peremptórios, indique os valores e a estrutura (física e de pessoal) necessário à implementação das políticas e que preveja um mecanismo de avaliação dos resultados, sempre mediante diálogo institucional entre os destinatários das ordens e com a possibilidade de participação de outras autoridades, *experts* e da sociedade civil. A partir dessas diretrizes, é possível construir uma cadeia de ações continuadas e de correspondência, que analise e enfrente a questão penitenciária em sua totalidade, evitando medidas desconexas e, por consequências, incapazes de garantir a dignidade do preso.

6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal constitui a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, que tem, dentre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, condicionando a estruturação e a prática da atividade estatal à sua observância integral, a fim de que se evitem promessas constitucionais vazias de concretização e de ilegítimo exercício de poder. A dignidade atua, portanto, como um feixe a partir do qual irradiam os direitos e deveres necessários à sua concretização, devendo ser entendida como um valor que antecede o próprio Estado e que, juridicamente, atua como princípio vetor de constituição e de atuação da ordem pública. Como tarefa imposta ao Estado, reclama a adoção de ações que, além de preservar esse atributo humano, sejam capazes de fomentá-lo, especialmente mediante a criação de condições que possibilitem seu exercício e fruição, inclusive no que se refere à regulação, aplicação e execução da estrutura punitiva.

Ao eleger a dignidade da pessoa humana como conteúdo finalístico do Estado brasileiro, a Carta política visa delimitar e orientar o Poder Público, objetivo este que é materializado pela distribuição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária, impedindo a concentração de poder e eventuais abusos dela decorrentes. Todavia, não é crível que se interprete, restritivamente, a disposição encartada no art. 2º da Constituição Federal – separação de poderes – como uma barreira intransponível para que o Poder Judiciário salvasse os valores fundamentais insculpidos no texto constitucional, ainda que, para cumprir tal mister, seja-lhe exigível interferir no exercício das típicas funções Legislativa e Executiva. A sistemática e reiterada violação de direitos fundamentais dos presos brasileiros, com as respectivas imposições de penas privativas de liberdade desumanas e degradantes, certamente é incompatível com o Estado Democrático de Direito e legitimam a provocação e a adoção de uma postura mais ativa do Judiciário no enfrentamento da matéria.

Apesar de o regramento penal brasileiro ser composto por diplomas legais que buscam atender os deveres jurídicos assumidos constitucionalmente, e também convencionados em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário, o Estado, no exercício de sua pretensão de punir, especialmente no que se refere à função judicial e executiva, desvirtua-se da consecução dos direitos e garantias inerentes ao indivíduo, ao executar as penas privativas de liberdade de maneira completamente distante e, no mais das vezes, colidentes com os preceitos fundamentais que devem nortear toda a sua atuação, invalidando a própria existência do modelo punitivo adotado.

A crença absoluta na lei penal funciona como um prisma a partir do qual irradiam inúmeros outros fatores que contribuem para a completa falha do sistema, notadamente quanto à inobservância de princípios condicionantes ao legal exercício do poder de punir estatal. A maximização do Direito Penal e a consequente seletividade do sistema, decorrente da sua incapacidade de tutelar todas as lesões ou ameaças tipificadas e gerida conforme os interesses econômicos, políticos e sociais do período histórico em que está inserido são fatores decisivos para a formação e manutenção do completo quadro de ilegalidade que se instaura no momento de execução das penas privativas de liberdade. Ao lado disso, tem-se a ausência de representatividade e de demanda social em favor dos encarcerados que intensificam e dificultam a superação das ilegalidades sofridas.

Nesse contexto, a função judiciária reveste-se de especial importância, principalmente porque, mais distante das reivindicações majoritárias, é capaz de defender os direitos da minoria e, assim, atender ao mandamento constitucional de proteção indistinta dos direitos fundamentais dos indivíduos. A ADPF nº 347/DF tem justamente essa finalidade: assegurar a dignidade dos presos brasileiros, mediante a reversão da realidade inconstitucional vivenciada nos estabelecimentos penais nacionais. O STF, ao analisar a arguição proposta pelo PSOL, caracterizou o sistema penitenciário do Brasil como um estado de coisas inconstitucional, diante da presença de todos os requisitos exigidos para tanto: violação massiva e contínua de diversos direitos fundamentais; omissão persistente das autoridades públicas na defesa e promoção desses direitos; necessidade de adoção de medidas estruturais para solucionar o ECI; e número elevado de pessoas afetadas por essas violações.

O ECI constitui-se, portanto, em um instrumento que permite ao Judiciário, diante de uma falha estrutural e superável, necessariamente, pela intervenção de diversos agentes envolvidos, efetivar direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, por intermédio de um diálogo institucional com as demais funções da República, a fim de reverter sistêmicas violações de direitos fundamentais. A concretização desses direitos, principalmente em razão da relevância que assumem no Estado Democrático de Direito, impõe uma atuação convergente e perene das funções estatais, desautorizando que argumentos genéricos de inobservância dos princípios democrático e da separação dos poderes, ou de incapacidade do Poder Judiciário para interferir em decisões de caráter político, justifiquem uma inércia também judicial.

Ao decidir sobre os pedidos liminares formulados na ADPF nº 347/DF, em 09 de setembro de 2015, a Suprema Corte determinou a) a aplicação dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que impõem a realização de audiência de custódia; b) o imediato descontingenciamento das verbas existentes

no FUNPEN, com vedação à União Federal da realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro; e c) de ofício, que a União e os Estados encaminhassem informações sobre a situação de seus respectivos sistemas penitenciários.

Considerando essa decisão e a ausência de lei destinada a disciplinar a realização das audiências de custódia, o CNJ editou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, para dispor sobre a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, estabelecendo que, quando da realização da audiência de custódia, o juiz deve: verificar a regularidade do auto de prisão em flagrante, decidindo pela sua homologação ou pelo relaxamento da prisão (art. 310, inciso I, do CPP); analisar os requisitos legais da prisão em flagrante e decidir pela concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, inciso III, do CPP) ou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, inciso II, do CPP); e perguntar à pessoa presa sobre as condições de sua prisão. Dessa forma, a audiência de custódia busca não apenas coibir eventuais práticas de maus-tratos ou tortura no momento da prisão em flagrante, mas também reforçar a excepcionalidade do encarceramento.

Todavia, de acordo com o Relatório Analítico Propositivo do CNJ, em junho de 2014, 38,3% da população carcerária brasileira era composta por presos provisórios. No mesmo período do ano seguinte (junho/2015), esse índice reduziu para 37,6%, sofrendo um aumento para 40% no ano de 2016. As últimas informações oficiais divulgadas pelo Conselho revelam que, em agosto de 2018, o número de pessoas presas sem condenação atingia 40,14%. Referidos dados demonstram que desde a implementação das audiências de custódia inexistiu uma significativa redução dos presos provisórios brasileiros.

Quanto à liberação dos recursos do FUNPEN, fundo que tem como finalidade proporcionar recursos e meios de financiamento e de apoio das atividades de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário, verificou-se, além de atrasos na execução das despesas, uma contínua preocupação do Executivo na manutenção da prisão como regra e um desprezo pelas medidas alternativas à prisão e das ações voltadas à reinserção e assistência de pessoas presas e egressas, principalmente porque inexistiu previsão de gastos, por exemplo, com monitoramento eletrônico; realização das audiências de custódia; programas educacionais e profissionalizantes; tratamento psicossocial, seja porque a pauta é impopular, seja porque os agentes políticos se encontram despreparados para superar a cultura do encarceramento amplamente difundida e, por consequência, para enfrentar os problemas penitenciários desde a sua origem.

Por outro lado, a incapacidade das autoridades de realizarem as despesas destinadas à solução do problema de superpopulação carcerária é revelada nas escolhas e execuções de medidas em total desacordo com as necessidades do sistema: apesar da existência de uma maior demanda para a construção de cadeias públicas, a maior parte das verbas foram programadas para a criação de vagas em penitenciária, estabelecimento com menor *deficit* computado. A Auditoria Integrada nº 018.047/2018-1, instaurada pelo TCU, acusou, ainda, a possível insuficiência das verbas contidas no FUNPEN para auxiliar na reversão do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, principalmente porque inexistente preocupação do poder público em adotar medidas que visem a trabalhar a gênese do problema, buscando eminentemente o recrudescimento penal.

Quanto aos pedidos definitivos formulados na ADPF nº 347/DF, além da pretensão de realização das audiências de custódia, requereu-se a adoção das medidas de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão e de se considerar o estado de coisas inconstitucional na aplicação da pena, conferindo absoluta preferência às sanções alternativas à prisão, e na sua execução, mediante o abrandamento proporcional dos requisitos temporais para a concessão de direitos e benefícios e a possibilidade de reconhecimento de cumprimento antecipado da pena. Pleiteou-se, ainda, a elaboração e implementação de planos pela União e estados, sob monitoramento judicial, que prevejam meios de enfrentamento do problema prisional, com a fixação de metas, prazos e reservas de recursos.

A recente determinação de realização das audiências de custódia e a ausência de lei que regulamente a matéria impendem a formação de um juízo de valor definitivo acerca da existência ou não de relevância dessa medida para auxiliar na superação do quadro de intensas e reiteradas ofensas à dignidade humana do preso. Porém, os resultados verificados corroboram a afirmação de que o Direito Penal é utilizado como principal meio de exclusão social, caracterizado como um instrumento de poder, para fins de controle dos indivíduos considerados insignificantes e prejudiciais à sociedade de consumo. A cultura do encarceramento é afeta não apenas à sociedade que aposta, sem relutar, na pena privativa de liberdade como a única resposta para os crimes considerados, por ela, de maior gravidade, mas também ao Poder Judiciário, que utiliza referida pena como regra, ignorando o previsto no art. 5º, *caput*, e incisos LVII e LXI, da Constituição Federal.

Por isso, o pedido definitivo formulado pelo PSOL, de motivação das decisões que reconheçam a impossibilidade de aplicação das medidas alternativas à prisão provisória, ainda que pareça redundante diante das exigências contidas no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e art. 315 do Código de Processo Penal, mostra-se adequado ao maior controle das

decisões judiciais e, por consequência, ao combate da excepcionalidade conferida ao direito à liberdade na persecução penal, principalmente diante do expressivo número de presos provisórios nos presídios brasileiros (40,14%).

A necessidade de fundamentação das decisões que negam a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão como uma das ações dirigidas à reversão do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro possui íntima ligação com a finalidade que se busca alcançar com a instauração das audiências de custódia – redução da superpopulação carcerária –, já que, ainda que haja a apresentação do preso em flagrante à autoridade judiciária, a utilização da prisão como regra pelos juízes impede que se alcance resultados positivos de diminuição do *deficit* de vagas em presídios nacionais. Esse dever de motivação visa, em verdade, compelir a autoridade judiciária a analisar, de maneira individualizada e concreta, os pedidos relativos à prisão provisória, a fim de reduzir a prolação de decisões genéricas e pretensamente fundamentadas.

De modo diverso, o pedido para que se considere o estado de coisas inconstitucional, no momento de dosimetria da sanção, deixa de se preocupar com a matéria em si: a violação à dignidade do preso no sistema carcerário nacional, tratando-se de medida que surtirá efeitos apenas na duração da pena privativa de liberdade, o que demonstra sua impertinência para a reversão do ECI reconhecido na ADPF nº 347/DF. Apesar do inquestionável humanitarismo presente no pedido de consideração das circunstâncias degradantes a que estão submetidos os presos brasileiros na dosimetria das sanções ou na fase de execução penal, com a finalidade de reduzir os requisitos temporais para concessão de direitos e benefícios, referida medida mostra-se incapaz de auxiliar, ainda que indiretamente, na melhoria dos estabelecimentos penais brasileiros e, conseqüentemente, na garantia dos direitos fundamentais dos custodiados.

Em razão da complexidade que compõe a formação e o desenvolvimento do sistema penitenciário, influenciados por questões que percorrem por dimensões políticas, econômicas e sociais, soluções isoladas de redução da população carcerária brasileira, como as deferidas cautelarmente na ADPF nº 347/DF (realização das audiências de custódia e liberação de verbas para melhoria e construção de novos estabelecimentos) e as requeridas definitivamente (fundamentação de decisões que deixam de aplicar medidas alternativas à prisão e redução de pena e do requisito temporal para conseguir benefícios prisionais), precisam ser cercadas de mecanismos de controle e acompanhamento do seu cumprimento. A identificação de ações capazes de reverter o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro deve decorrer de um constante processo de criação e aperfeiçoamento de políticas voltadas para esse fim, sendo possível que as respostas estejam no “como fazer”, mais do que no “o que fazer”.

A maneira como o desrespeito à dignidade do encarcerado será enfrentado na ADPF nº 347/DF, ou em outras demandas que tenham esse objeto, é que definirá a efetividade da arguição. A participação da sociedade, o diálogo entre as funções do Estado, o planejamento, a regular execução das ações definidas (mas sempre passíveis de ajustes) e o seu monitoramento é que se constituem em instrumentos pertinentes à garantia dos direitos fundamentais dos presos brasileiros e passíveis de levar, dessa forma, à definição de condutas necessárias à melhoria das condições do cárcere, até que seja possível, por intermédio de uma análise crítica, aprofundada e contextualizada da criminalidade, superar o ilegítimo modelo punitivo vigente.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 670p. (Coleção teoria & direito público). Título original: *Theorie der Grundrechte*. ISBN-978-85-7420-872-5.
- ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-159.
- ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948/966>>. Acesso em: 16 maio 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BALLESTEROS, Paula Rodriguez. **Implementação das audiências de custódia no brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2019.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN) **THESIS**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 1 jul. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 1764. E-Book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> Acesso em: 28 maio 2019.

- BESTER, Gisele Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**, v. 1. São Paulo: Manok, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho**. Tradução de L'età dei Diritti. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A expansão das audiências de custódia no ano de 2018**, Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/2178b9a11524106a0d04ea673839242a.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**, Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**, CNJ, Brasília, agosto de 2018.. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo: justiça pesquisa direitos e garantia fundamentais**. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Projeto Sistema Prisional em Números**, 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Atualização – Junho de 2016/organização Trandara Santos;

colaboração Marlene Inês da Rosa [et al.], Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

- BRASIL. Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Audiência de custódia: panorama nacional pelo instituto de defesa do direito de defesa**, IDDD, 2017. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 06 set. 2019.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **A Aplicação de Penas e Medidas de Alternativas**: relatório de pesquisa, IPEA, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em 10 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Relatório Temático: FUNPEN e Prevenção à Tortura – As ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil / Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT)**, 2017: Rafael Barreto Souza.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347-DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de setembro de 2015. Lex: Inteiro Teor de Acórdão do STF, DJ nº 181, plenário, p. 40, set. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1542, Auditoria Integrada. Relator: Ana Arraes. Brasília, DF, 03 de julho de 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/018.047%252F2018-1/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=621db500-9f68-11e9-8f23-6f696b6a1a1c>>. Acesso em: 11 set. 2019.
- CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. LOS DESPLAZADOS FORZADOS INTERNOS EN EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL, UN ASUNTO PENDIENTE. **Revista Prolegómenos: Derechos y Valores**, Bogotá, v. 35, n. 18, p.121-134, jun. 2015.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. São Paulo: Almedina, 2009.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CANINEAU, Maria Laura. O direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional. In: **Informativo Rede Justiça Criminal**, Edição 05, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

- CARVALHO, Salo de. **O Papel do Atores do Sistema Penal na Era Punitivista: o exemplo privilegiado da aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. **Tempo Social**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 15-36, jun. 2013. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2019.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702013000100002>.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença de Tutela (T) nº 153. Santa Fé, BOGOTÁ, 28 de abril de 1998.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença de Tutela (T) nº 25. Santa Fé, BOGOTÁ, 03 de março de 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERREIRA, Carolina Costa; DIVAN, Gabriel Antinolfi. As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. **Políticas Públicas e Boas Práticas para o Sistema Penal**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 530-549.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 199-230, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45692/45070>>. Acesso em: 17 jun. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45692>.
- GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos e superación del desplazamiento forzado em Colombia.** Bogotá: Universida de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.
- GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Dejusticia, 2010.
- GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal.** Rio de Janeiro: Renavan, 2006.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 4. ed. Niterói: Impetus, 2009

- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 1 ed. Rio de Janeiro: Sindicato Nacional dos Editores de Livros, 1993.
- JARAMILLO, Leonardo Garcia. **Constitucionalismo Deliberativo: Estudio sobre o ideal deliberativo de la dogmática constitucional del procedimiento parlamentário**. Cidade do México: UNAM, 2015.
- LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARMELSTEIN, George. O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? **Direitos Fundamentais**, 2 out. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>> Acesso em: 05 abr. 2019.
- MARQUES JÚNIOR, Gessé. A Lei de Execuções Penais e os Limites da Interpretação Jurídica. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, v. 17, n. 33, p. 145-155, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v17n33/v17n33a11.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo, rev., ampl. atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Paulo Quintela, Edições 70, Lda, 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 6, v. 2. São Paulo, abr.-jun. 1994.
- KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider van Der. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p.147-181, dez. 2018.
- PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 173: 15-34, jul./set. 1988.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRIVOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33-72.