



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

MANOELA GISA DUARTE FRANCO ANTUNES LIMA

APLICABILIDADE DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO  
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

SOUSA – PB

2017

MANOELA GISA DUARTE FRANCO ANTUNES LIMA

APLICABILIDADE DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO  
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande-UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

Banca examinadora:

Data da aprovação: 15/03/2017.

---

Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

Orientador

---

Prof. Dr. André Gomes Alves

Membro da Banca Examinadora

---

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Jônica Marques Coura Aragão

Membra da Banca Examinadora

*(in memorian)* ao meu avô, João Antunes; à minha  
madrinha, Lucila Cavalvanti; ao meu primo, João  
Paulo e à minha eterna amiga, Vanete Almeida, que  
em suas vidas no plano material dedicaram-se  
incansavelmente ao auxílio dos mais necessitados,  
presenteando-me com o mais belo de todos os  
exemplos.

## AGRADECIMENTOS

Gratidão é um dos sentimentos mais intensos que um coração pode semear.

Gratidão é o reconhecimento máximo de que sozinho, nada somos. Que estamos todos aqui para nos ajudarmos e ajudando somos auxiliados. A gratidão é o sentimento de humildade em uma estrada longa e incerta. E, em primeiro lugar, agradeço a Deus em sua infinita bondade por todas as oportunidades que me foram concedidas. Assim como agradeço a doutrina espírita por ter resgatado em mim a fé, iluminando meu caminho, no sentido que devemos sempre utilizar o conhecimento para edificação do bem e evolução da humanidade.

Agradeço aos meus pais, João Antunes e Maria José, e irmã, Neuzinha Antunes, a quem chamo de Tininha, que, em meio a tantas dificuldades, nunca descreditaram do meu sonho. Sem eles, nada seria possível.

Agradeço ao meu tio e padrinho Tadeu Menezes, em que sempre me espelhei. Sua trajetória de retidão e auxílio sempre será um grande exemplo. Igualmente, agradeço aos seus filhos e esposa, que sempre se alegraram com cada pequena vitória alcançada. Tamanha alegria, deles e de toda minha família, foi fundamental para prosseguir na jornada com a serenidade necessária.

Agradeço em especial ao 302 do amor. O meu lar na cidade sorriso. O abrigo que sempre me ofereceu a luz necessária mesmo nos dias mais difíceis. A vocês, Tatá e Adele, meu sincero obrigada. Vocês foram e continuarão sendo mais do que amigas. Nosso elo de familiaridade ímpar é tamanho que nada deve apagar. Poucas pessoas tão diferentes em suas particularidades se unem formando um vínculo tão fraterno.

Não poderia deixar de agradecer também aos meus amigos, Geffeson, Sandra, Socorro, Augusto e Herlânio que sempre foram uma profunda fonte de sabedoria jurídica e de vida, me auxiliando no aprendizado necessário. A vocês, e ao grande mestre Anderley, todo meu respeito e agradecimento pela oportunidade de aprendizado que a mim concederam.

Obrigada a Júnior, Wellington, Ítalo, Jonas, Rafaela e Marla, pelas noites de muito estudo. Vocês tornaram o caminho muito mais dinâmico. A máxima “multiplicando alegrias e dividindo os fardos” sempre me lembrará da nossa amizade.

A todos os amigos que fiz nos lindos cinco anos que vivi nessa cidade maravilhosa. Fernanda, Mayara, Vanessa, Jefferson, João, Adson, Lara, Victor Bruno,

Bernadinho, Luan e tantos outros que me apoiaram sempre. Seus sorrisos ajudaram a colorir o caminho. Do mesmo modo, meu grupo verde sempre foi um grande apoio, um grande lar fora de casa. A todos vocês, eu só tenho a agradecer.

Agradeço a Sousa, cidade que me recebeu de portas e coração abertos. Vivi dias incríveis, nem sempre fáceis, mas sempre muito intensos nesse lugar. Eu sempre serei grata por tudo.

Aos meus professores, que me orientaram com tanto empenho. Destacando-se os professores de Direito Constitucional e de Direito Penal, matérias que reservo particular dedicação. Em especial, muito obrigada a Carla Rocha e a Gilliard, que em suas explicações sempre fomentaram ideias para esse trabalho.

Ao meu grande orientador, professor Jardel de Freitas, de todo coração, obrigada! Igualmente, agradeço a minha orientadora na extensão universitária e amiga de vida, Janeide Albuquerque. Foram cinco anos de dedicação e aprendizado recíprocos.

Agradeço aos funcionários do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais em geral, que com muito zelo me auxiliaram nessa jornada. Especialmente a Joaquim meu muito obrigada. Por fim e não menos importante, obrigada à turma Leonardo Figueredo. A minha grande, amada, resistente, unida e divertida turma. Grande companheira desses anos. Nós dividimos tudo, o conhecimento, as alegrias, as lágrimas. Agora, dentre outros inúmeros sentimentos, dos quais destaco o amor, guardaremos a saudade desse tempo tão proveitoso. Cada um de vocês sempre terá um espaço muito especial em mim.

“A sociedade procura acobertar o caos,  
mas somente consegue realizar uma  
fina película de ordem, que é sempre  
perfurada, dilacerada pelo caos sobre o  
qual ela se estende”.

(Zygmunt Bauman)

## RESUMO

A sociedade é dinâmica e, tendo por base que o Direito é instrumento que pretende organizar a vida em sociedade, não pode ser o mecanismo de organização estático. Sabe-se que a consagração dos Direitos Humanos nos textos jurídicos ocorreu após inúmeras situações de crise que a humanidade teve que enfrentar para sua própria evolução, invocando questionamentos tidos em cada época por irracionais, mas que posteriormente tomaram espaço do contexto social. Nesse sentido, tem-se por objetivo geral compreender as nuances da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional que fundamenta às Cortes Constitucionais a determinação de políticas públicas para solucionar o descumprimento generalizado dos Direitos Fundamentais, e que tem sido conclamada nacionalmente perante o Supremo Tribunal Federal para solucionar a crise que permeia o sistema carcerário brasileiro. Para tanto, os objetivos específicos são: Abordar o histórico da evolução da concepção de interpretação constitucional; analisar as lacunas existentes entre o conteúdo normativo e a realidade social; e, ao final, compreender o histórico, os pressupostos da mencionada teoria e as implicações desta. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, perfazendo uma abordagem qualitativa, uma vez que não se utiliza critério numérico. Por fim, quanto aos objetivos a pesquisa será exploratória, procurando aprimorar ideias, ajudando na formulação de hipóteses para pesquisas posteriores, além de procurar se aprofundar na temática abordada.

**Palavras-chave:** Estado de Coisas Inconstitucional; Descumprimento generalizado; Direitos Fundamentais; Sistema Carcerário.

## ABSTRACT

The society is dynamic and, having the basis that the Law is an instrument intended to organize life in society itself, it can't be the mechanism of static management. It is certain that the consecration of the Human Rights in the juridical texts happened after several crisis circumstances that the humanity had to face to its own evolution, conjuring questions held in each age by irrational people, but later took up space in the social context. In this manner, the present scientific research has motif to understand the subtle differences in the Unconstitutional State of Affairs theory that underlies the Constitutional Court the determination of public politics to work on the general failure of the Fundamental Rights, and it has been nationally acclaimed by the Federal Court of Justice to work on the crises that spread through the Brazilian prison system. Therefore, addressing the history of the evolution on the conception of constitutional interpretation; analyzing the gaps between the normative content and the social reality; and, at the end, understating the historical, the conjecture of this theory and the implications of this one. For this, bibliographic and exegetical-legal methods are used. The approach, in turn, will be qualitative, since as no numerical criterion is used. Finally, as regards the goals, the research will be exploratory, seeking to improve ideas, helping in the development of hypotheses for later research, in addition to seeking to deepen the subject matter.

**Key Words:** Unconstitutional State of Affairs; General Failure; Fundamental Rights; Prison System.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

**ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**Art.** – Artigo

**CCC** – Corte Constitucional Colombiana

**DEPEN** – Departamento Penitenciário Nacional

**EC** – Emenda Constitucional

**IBGE** – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

**ICPS** – Centro Internacional para Estudos Prisionais

**Infopen** – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

**LGBT** – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

**RE** – Recurso Especial

**SU** – *Sentencia de Unificación*

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**T** – *Sentencia de Tutela*

## LISTAS DE FIGURAS

**Figura 1** – Taxa de analfabetismo das pessoas de 10 anos ou mais de idade, segundo as Grandes Regiões (p. 30)

**Figura 2** – Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade (p. 31)

**Figura 3** – Etnia da população brasileira e a predominância no sistema prisional (p. 32)

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2. EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>14</b>
2.1 Do constitucionalismo antigo ao constitucionalismo contemporâneo .....	14
2.2 O controle de constitucionalidade como instrumento de fortalecimento da supremacia constitucional e o constitucionalismo pós-contemporâneo .....	16
2.3 A função dos Poderes frente à interpretação e à aplicabilidade das normas .....	19
2.4 A teoria dos freios e contrapesos e o caráter unitário do Poder estatal .....	22
<b>3 AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA</b> .....	<b>25</b>
3.1 A fundamentalidade dos direitos individuais e coletivos .....	25
3.2 As funções punitiva e ressocializadora do sistema penal .....	28
3.3 Análise do sistema carcerário brasileiro em números .....	30
<b>4 A ORIGEM DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA INCIDÊNCIA NO BRASIL</b> .....	<b>36</b>
4.1 Breve histórico da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional perante a Corte Constitucional Colombiana .....	36
4.2 Contextualização da aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal .....	37
4.3 Pressupostos de aplicabilidade da teoria do estado de coisas inconstitucional .	41
4.4 Críticas à adoção da teoria do estado de coisas inconstitucional pelo STF .....	43
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os primeiros aglomerados de pessoas, a humanidade sempre possuiu um juízo de valor do que seria positivo e do que seria negativo ao grupo. Neste sentido, as normas sempre foram necessárias ao bom funcionamento social, ainda que não positivadas. Deveras, a noção de Constituição não é correlata à origem da sociedade, no entanto, pode-se dizer que desde a formação dos primeiros grupos sociais, ela esteve presente.

Com a concepção das Constituições rígidas, foi dado início para a supremacia dos valores dispostos no texto magno. A existência de um procedimento que realizasse o controle de validade das normas infraconstitucionais foi fundamental para a solidificação da ideia de supremacia constitucional. A existência de problemas estruturais discrepantes do conteúdo normativo magno nas sociedades contemporâneas ilustra que, apesar dos mecanismos já existentes e pacíficos, a Constituição não irradia plena eficácia.

Nesse sentido, no Brasil, um dos maiores palcos de violação dos valores supremos é o sistema carcerário. O descumprimento dos Direitos Fundamentais no cumprimento da reprimenda é massivo. Além da falta de estrutura, inclusive de vagas necessárias, persiste a ineficácia do caráter ressocializante da pena.

Posto isso, o trabalho que se inicia terá o objetivo geral de compreender as implicações da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional que fundamentado às Cortes Constitucionais a determinação de políticas públicas para solucionar o descumprimento dos Direitos Fundamentais e que tem sido conclamada nacionalmente perante o Supremo Tribunal Federal para solucionar a crise que permeia o sistema carcerário brasileiro. Desse modo, compreendem os objetivos específicos: abordar o histórico da evolução da concepção de interpretação constitucional; analisar as lacunas existentes entre o conteúdo normativo e a realidade social; e, ao final, compreender o histórico, os pressupostos da teoria e as implicações do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Insta mencionar que toda atividade desenvolvida tende a confirmação da problemática a ser solucionada nesta monografia: é legítimo ao STF a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, determinando-se políticas públicas voltadas à efetivação dos Direitos Fundamentais ante à crise que permeia o sistema carcerário brasileiro?

Para tanto, a presente pesquisa científica lançará mão do método dedutivo, por meio da técnica de pesquisa documental indireta, explanando a problemática mediante análise de livros, códigos, jurisprudências, revistas, *sites* que remetam ao estudo abordado.

Segundo a utilização dos resultados, a pesquisa será pura, servindo para aumentar o conhecimento do pesquisador para análise e solução da problemática abordada. A abordagem, por sua vez, será qualitativa, uma vez que não utilizará critério numérico em sua abordagem, por fim, quanto aos objetivos a pesquisa será exploratória, procurando aprimorar ideias, ajudando na formulação de hipóteses para pesquisas posteriores, além de procurar se aprofundar na temática abordada.

Assim, inicialmente, será elucidada a evolução da concepção de interpretação constitucional, perfazendo uma análise dos momentos do constitucionalismo, compreendendo o controle de constitucionalidade como instrumento de fortalecimento da supremacia constitucional, bem como aprofundando-se sobre a função dos Poderes frente à interpretação e à aplicabilidade das normas e a teoria dos freios e contrapesos.

Posteriormente, no capítulo seguinte, serão abordadas as lacunas constitucionais que separam o comando normativo e a realidade social, debruçando-se sobre a fundamentalidade dos direitos individuais e coletivos, bem assim, compreendendo as funções punitiva e ressocializadora do sistema penal, de modo a adentrar também na análise do sistema carcerário brasileiro em números, posto que esses números demonstrarão o descumprimento dos valores *magnos* nessa seara.

Finalmente atingir-se-á o cerne principal dessa pesquisa científica: a origem da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e sua incidência no Brasil. Serão analisados o histórico dessa teoria perante o direito comparado, a contextualização da aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, os pressupostos para declaração do estado de coisas inconstitucional e as críticas à adoção da teoria pelo Supremo Tribunal Federal com vistas a solucionar a crise que permeia o sistema carcerário no Brasil.

## 2 EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A evolução da concepção de interpretação constitucional está intimamente ligada à evolução dos momentos do constitucionalismo. Historicamente, a humanidade evoluiu a forma de organização da sociedade e do Estado de forma a garantir a convivência harmônica. Nessa perspectiva, como o presente estudo abordará, em síntese, a mais atual forma de aplicação das normas, faz-se necessário uma análise prévia das bases constitucionais que são o elemento máximo de validade das normas em uma dada sociedade.

Para tanto, nesse capítulo será abordado a evolução do constitucionalismo e as linhas gerais sobre o controle de constitucionalidade, sendo também necessário desdobrar-se tanto perante o estudo da função dos poderes, quanto perante a teoria dos freios e contrapesos.

### 2.1 Do constitucionalismo antigo ao constitucionalismo contemporâneo

Entre a conjuntura atual e as primeiras civilizações, muito foi modificado sobre a organização do Estado. Os inúmeros momentos de crises históricas que a humanidade passou corroboraram o fortalecimento das normas em uma perspectiva política. O reconhecimento dos direitos humanos como hodiernamente foi deflagrado após períodos de muitas incertezas.

O constitucionalismo, dessa maneira compreende o movimento político-social de origens arraigadas às primeiras civilizações, mas que continuamente se aperfeiçoa e se expande no intuito de acompanhar a própria evolução social. De modo breve a respeito das acepções sobre o constitucionalismo cabe citar Tavares (2006, p. 1):

numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Como dito, dentre as acepções possíveis acerca do constitucionalismo, subsistiu o aspecto político-social do movimento, com origens históricas bastante

remotas. Nessa esteia, no que se refere aos momentos do constitucionalismo, é possível destacar ao menos sete, segundo Lenza (2016), dos quais convém, por ora, citar cinco: I) No primeiro momento, em que pese o constitucionalismo antigo, destaca-se que na antiguidade não existia a concepção de constituição como nos tempos atuais, contudo, a convivência humana sempre foi possível por meio do regramento. É compreendido que em todo aglomerado de pessoas, desde os tempos mais remotos, sempre existiu um juízo de valor do que seria positivo ou negativo enquanto comportamento, estabelecendo-se assim, as condutas permitidas e as condutas não permitidas antes mesmo da compreensão sobre Direito ou normas. É tido para essa fase como documento importante a Lei do Senhor. II) Já na Idade Média a Carta Magna de 1215 estabeleceu formalmente proteção a direitos individuais, importando em um avanço ao controle social, posto que através do reconhecimento dos direitos individuais é dado passo significativo para a pacificação social. III) Na Idade Moderna destaca-se o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701. IV) Na Idade Contemporânea o constitucionalismo moderno instituiu as constituições escritas como proteção contra os abusos do poder, destacando-se a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791. V) Por fim, em que pese o Constitucionalismo contemporâneo, inaugurou-se a concepção das Constituições pragmáticas, instituindo maior proteção aos direitos de segunda e terceira geração, como, por exemplo, a própria Constituição Federal de 1988.

Todos esses mencionados momentos do constitucionalismo refletiram e refletem a evolução de como o Estado deve se organizar acerca de suas normas, de modo a garantir a convivência em sociedade. Essas fases foram sendo moldadas ao mesmo compasso que a própria sociedade, em conflito – o caos, foi impulsionada a expandir suas vertentes.

Uma outra perspectiva pertinente compreende as terminologias “Estado Democrático de Direito” e “Estado Constitucional de Direito”. É inegável que nem sempre o Direito, no sentido de norma positivada, buscou realizar o que seria humanamente justo. Após os horrores do holocausto, quando mais de 6 (seis) milhões de pessoas foram mortas, restou notoriamente claro que a maioria democrática nem sempre será coerente com bem coletivo.

Desse modo, segundo Cunha Júnior (2013) o Estado Democrático não realiza a análise axiológica da norma. Por isso a necessidade da terminologia Estado

Constitucional de Direito, fomentando a ideia de que a lei, antes de materialmente e formalmente posta, precise ser axiologicamente coerente.

## 2.2 O controle de constitucionalidade como instrumento de fortalecimento da supremacia constitucional e o constitucionalismo pós-contemporâneo

Passada essa primeira análise, é necessário compreender que o estudo sobre a interpretação constitucional é de todo amplo, sendo que o controle de constitucionalidade constitui um dos eixos principais e tem papel fundamental, uma vez que decorre da própria dinâmica de criação das normas, constituindo-se, então, em matéria reiteradamente atual.

A Constituição como norma fundamental suprema, irradia validade às normas que lhe são inferiores, enquanto que estas devem buscar naquela a compatibilidade formal e material.

Nesse cenário, a doutrina concebe a Constituição em seu sentido formal como sendo, no entendimento de Mendes e Branco (2012, p. 64): “o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico”.

Apesar da existência de um procedimento solene específico para criação das normas constitucionais, observa-se que o controle de constitucionalidade nos moldes atuais não é originário das primeiras formas de constituição, contudo, com o passar dos anos a necessidade de se realizar esse controle não só foi reconhecida, como foi sendo moldada em decorrência da própria dinâmica do Direito.

Ressalta-se que o marco central para o controle de constitucionalidade foi o famoso caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana. Reconheceu-se no caso concreto que se a aplicação da lei feria dispositivo constitucional, ou se reconheceria a inconstitucionalidade, afastando a aplicação do dispositivo infra, ou anular-se-ia o fato de que as normas constitucionais possuem procedimento solene específico, dado que lei ordinária poderia ir de encontro ao conteúdo magno. Assim, ou a Constituição era suprema ou apenas um código como os demais. Dessa modo que, por decisão, foi reconhecida a inconstitucionalidade afastando a incidência da lei.

Nesse aspecto é tido que três conceitos se coadunam: controle de constitucionalidade, supremacia constitucional e constituições rígidas. Isso porque apenas com a concepção das constituições rígidas é que foi dado início para consolidação da supremacia dos valores dispostos no texto magno. No mais, a existência de um procedimento que realizasse o controle de validade das normas infra foi fundamental para a solidificação do valor de supremacia constitucional. A existência, entretanto, de problemas sociais discrepantes do conteúdo normativo magno nas sociedades pós-contemporâneas ilustra que, apesar dos mecanismos já existentes e pacíficos, a Constituição não irradia plena eficácia, ou a chamada eficácia social. Dessa forma observa-se o seguinte entendimento de Welsch (p. 5, 2014):

[...] eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força realizadora no mundo dos fatos. Deliberadamente, ao estudar a capacidade de produzir efeitos, deixou-se de lado a cogitação de saber se estes efetivamente se produzem. A efetividade propugna não a eficácia jurídica como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social e os mecanismos para a sua real aplicação.

Portanto, a eficácia social ultrapassa a eficácia jurídica como possibilidade de aplicação da norma, sendo-lhe necessária a efetividade no mundo real. Há que se dizer, nessa seara, que no Brasil o contexto da interpretação constitucional passou de uma postura passiva para ativa com o transcurso do tempo. A esse fenômeno os cientistas políticos da atualidade têm incluído a expressão judicialização da política, enfatizando-se a interferência de decisões judiciais em diversas arenas políticas.

Assim, a judicialização “pretende significar um espaço maior no espectro de decisões, inclusive de natureza política, que passou a ser ocupado pelo Poder Judiciário” (RIBEIRO, 2010, p. 25).

Nas sociedades democráticas, inclusive, esse fenômeno tem sido recorrente. Isso porque, a despeito dos momentos do constitucionalismo, tem se verificado uma nova era, o Neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-contemporâneo. Assim, conforme o seguinte entendimento de Angra (2008, p. 31):

[...] o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positividade e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d)

densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

Assim, o Neoconstitucionalismo articula esforços, conforme citado, para que as prestações constitucionais sejam concretizadas, através de inovações hermenêuticas que fortaleçam os valores principiológicos e ofereça a todos, independente de mérito, bens como a saúde, a educação e a habitação.

Deveras, “existem inúmeras explicações para a ocorrência do fenômeno a que se chama de judicialização e, com certeza, não seria possível analisá-las todas neste espaço, até porque com o tempo haveria acréscimo de outras” (RIBEIRO, 2010, p. 26).

Por outro lado, mesmo não sendo possível analisar as inúmeras explicações para o fenômeno, é necessário compreender quais são os principais fatores corroborantes para a judicialização. É certo que como movimento político-social, o constitucionalismo se aprofunda em busca de soluções aos conflitos que se estendem no meio social. Compreender os fatores que corroboram com a judicialização é também um instrumento de validação do dinamismo do Direito.

Nessa seara, a ideia de Direito estático já foi, pelo próprio Neoconstitucionalismo, superada. Embora as leis assumam o papel fundamental de organização da sociedade e do Estado, as demandas que se instauram muitas vezes ultrapassam os limites legais. Em uma sociedade ideal em que não houvessem conflitos, o Direito, como ciência, seria inoperante. É preciso compreender que a judicialização encontra-se como meio de garantia dos valores *magnos*.

Isso posto, segundo Zauli (2010, p. 29), é possível destacar nacionalmente fatores corroborantes para a judicialização, dos quais:

[...] observa-se no Brasil também certo descompasso entre os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições majoritárias, por um lado, e os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições judiciais, por outro lado. Assim, de uma combinação de ativismo judicial e choque de valores entre aqueles dois tipos de instituição, a resultante tem sido o fenômeno da judicialização da política.

É importante observar, por outro lado, que esse fenômeno – a judicialização – não pode culminar na usurpação de poderes. A interpretação constitucional deve atuar perante limites. Estes limites por sua vez devem garantir a certeza e a liquidez do Direito.

Dado os supras fatores mencionados, em que pese o descompasso entre os valores dessas instituições, é indispensável discutir o papel dos Poderes frente à consolidação dos valores constitucionais.

### 2.3 A função dos poderes frente à interpretação e à aplicabilidade da norma

Os pensamentos de Aristóteles são considerados o marco inicial para a separação do poder, entretanto, embora tenha-se destacado a existência de três funções distintas, o filósofo organizou as funções de modo a serem exercidas por um soberano. Insurge que essa não é considerada a melhor forma de organização dos poderes, uma vez que a concentração das funções em uma única pessoa não impede a sua própria tirania.

Isto porque, é claro, o Poder do Estado é único e soberano, todavia separando-se suas devidas competências resguardam-se os tutelados dos atos autoritários, o que foi pela história demonstrado. No pós-idade média, considerada a clássica visão histórica, o poder foi centralizado nas mãos do monarca, culminando no autoritarismo estatal. Com a revolução francesa, especialmente, o poder do monarca finalmente foi delimitando-se, em que pese todo contexto histórico.

Nesse contexto é indispensável comentar acerca das colaborações de Locke, defensor do liberalismo político e do Estado laico. Sabe-se que os abusos do Estado na figura do soberano eram justificadas no poder divino, uma vez que se considerava que o Rei era um representante de Deus na terra. Segundo Locke (1689, p. 562): “o poder do Estado só diz respeito aos bens civis, e se restringe ao cuidado das coisas, e não deve tocar em nada do que respeita à vida futura”. Desse modo, para além da tolerância religiosa, o filósofo questionava a autoridade do Estado.

Desse modo, destacam-se três formas de governo para o filósofo. A “democracia perfeita”, na qual a maioria detém o poder da comunidade; a oligarquia, cujo poder de legislar pertence a um pequeno grupo de homens escolhidos e aos seus herdeiros ou sucessores; e a Monarquia, em que o poder se concentra nas mãos de um só homem, assim classificada: a) monarquia hereditária – o poder legislativo atribuído ao monarca e aos seus herdeiros; b) monarquia eletiva – o poder de nomear o sucessor regressa maioria.

No que toca aos poderes, Locke destaca a existência do domínio da lei, ou seja, a elaboração das leis; o domínio da aplicação da lei, pela administração e pela

justiça; e o domínio das relações internacionais, em que declarar guerra ou selar a paz incumbem às relações internacionais. Por tanto, classifica-se o poder por essa linha de pensamento em legislativo, executivo e federalista, respectivamente.

Assim, a separação dos poderes é tida como forma de conter as arbitrariedades do poder concentrado nas mãos de uma só pessoa. Desse modo, tradicionalmente, o formato atual de tripartição dos poderes é atribuído a Montesquieu por ter sido ele o pensador que melhor foi capaz de falar sobre as competências desses poderes. O formato tido por Montesquieu constitui a base de uma sociedade democrática consolidada.

Destarte, é preciso estabelecer: por si só a repartição do poder não garante o objetivo da sociedade democrática, mas é a base disso. A tripartição do Poder é, portanto, o ponto de partida da manutenção dos direitos e garantias fundamentais. A saber, conforme Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 155):

[...] o princípio da separação de poderes adquiriu um status de forma que virou substância no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.

Contemporaneamente, a Constituição Federal do Brasil reserva o Título IV para organizar os Poderes, alocando-se individualmente em capítulos o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Cada um desses poderes constitui uma engrenagem menor, de uma grande engrenagem (Estado). É por esta razão que o equilíbrio e a harmonia entre estes são tão importantes. Se um desses não cumpre devidamente seu papel, seja aquém ou além de suas atribuições, compromete gravemente o funcionamento da engrenagem maior, conseqüentemente de toda a sociedade.

Estabelece o art. 44 que “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (BRASIL, 1988), o que se aplica aos outros entes federativos por força do princípio da simetria constitucional. Mais diante, o art. 76 disciplina que “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (BRASIL, 1988), ressaltando-se o mesmo princípio supra. No que tange ao Poder Judiciário, o art. 92 da Constituição Federal institui os Órgãos que lhe compreendem.

A despeito das funções típicas inauguradas no formato de Montesquieu, Lenza (2016) destaca ter ocorrido um abrandamento, uma vez que já compreende ao sistema jurídico, o conjunto de funções atípicas para o bom funcionamento dos Poderes em que, além das funções típicas, existem pelo menos outras duas funções, típica aos outros poderes.

Lenza (2016, p. 483) ainda acrescenta: “Importante notar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário”. Portanto, é necessário os modelos atuais o desempenho de atribuições alheias às funções típicas de cada órgão.

No cenário a respeito das funções típicas, o Legislativo possui as missões de legislar e de fiscalizar, e de modo não típico, exerce a função da administração interna, provendo cargos de sua estrutura, atuando com o poder de polícia etc., e de julgar os crimes de responsabilidade praticados por autoridades determinadas.

Ao Executivo, no seio das funções típicas, incumbe a missão de dar execução à lei no plano material, bem como contemplar atividades diversas de chefia, de fixação das diretrizes políticas da administração, direção das Forças Armadas, entre outras. Segundo Mendes e Branco (2012), ocorre certa hiperpotencialização do executivo na figura do Presidente da República, ocorrendo a predominância deste poder em razão do advento do Estado do Bem-estar Social. Nas funções não típicas o Executivo edita medidas provisórias, expede regulamentos, tem a iniciativa de projetos de lei etc.

O Judiciário é o poder que mais reserva peculiaridade em relação aos demais, uma vez que assume a função típica de dizer o Direito em última instância, aplicando os princípios e métodos de interpretação, não sendo possível a declinação de uma demanda em razão de ausência legislativa, lhe sendo garantido constitucionalmente a autonomia para o exercício dessa função. Assim como os demais poderes, possui funções não típicas, sendo esta a de administração interna, a edição de portarias, de decretos etc.

Como mencionado, o equilíbrio entre o exercício das respectivas funções é o eixo do qual depende o bom funcionamento da sociedade. Tamanha é a importância desse equilíbrio que nenhum dos poderes deve desempenhar atividades fora de suas competência. Não devendo haver, por exemplo, uma hiperjudicialização funcional de

modo a evitar a arbitrariedade por parte de um dos poderes. Sendo, por essa razão, indispensável o estudo sobre a teoria dos freios e contrapesos.

#### 2.4 A teoria dos freios e contrapesos e o caráter unitário do poder estatal

Conforme Madison (1993, p. 51), explica: “se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos”. Da mesma maneira, Madison também destaca que os homens não são governados por anjos, por isso é necessário estabelecer controles bem definidos sobre os detentores do poder. Isso porque o homem, em sua própria natureza, deve ser contido. Tanto os indivíduos comuns devem ser geridos, como os detentores do poder devem ser controlados. Os primeiros para evitar a desordem da sociedade e os segundos para que, no combate à desordem não se institua a tirania.

Nessa esteia, Wellfort (2010, p. 250) reforça: “a limitação do poder, dada esta sua natureza intrínseca, só pode ser obtida pela contraposição a outro poder, isto é, o poder freando o poder”. Há que se dizer que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, em sua maneira original, não se afastou da teoria do “governo misto”, posto que se assemelham no fato de que cada força social deve ser responsável por uma das funções. Segundo a teoria do governo misto as funções devem ser distribuídas por diferentes grupos sociais (realeza, nobreza, povo), enquanto na teoria da separação dos poderes ocorre uma distribuição horizontal das três funções principais do Estado.

É notório que o princípio da separação dos poderes é instrumento que pretende evitar a tirania estatal, porém, por si só não é capaz de frear a tirania de cada um dos poderes. Isso porque o equilíbrio perfeito entre as forças dos poderes é incomum, quando se trata de governabilidade. A depender da forma de governo, sempre haverá um poder que tomará mais competências, onde ocorrerão mais ameaças à liberdade. É por isso que, segundo Madison (1993) a ambição deve ser incentivada para enfrentar a ambição, em que os anseios pessoais se confundem com os anseios constitucionais. Assim surgindo a chamada teoria dos freios e contrapesos.

Deve ser, portanto, constitucionalizada a prerrogativa de um poder frear o outro quando este estiver em desacordo com suas competências. Observa-se que o judiciário é o poder mais frágil nesse elo em decorrência da falta de iniciativa, sendo necessária a previsão das garantias de independência funcional.

Nessa seara constitucional, ainda se faz necessário destacar, acerca da interpretação de seu sentido que, conforme Lenza (2016, p. 158):

na solução dos problemas jurídico -constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Desse modo, partindo do ponto de que a interpretação é o primeiro vetor para a realização da norma no mundo material, os poderes devem se atentar para a interpretação que confira à Constituição uma eficácia ótima. O grande problema que algumas sociedades têm enfrentado, entretanto, especialmente o Brasil, é a omissão de um desses poderes no gozo de suas atribuições.

Se a usurpação de competências é um grave problema que deve ser combatido, a omissão de um dos poderes é a mais danosa forma de violação ao pacto social. Isso porque, como mencionado, os poderes devem trabalhar de modo a garantir um equilíbrio entre as funções. Quando um poder se hipotrofia, tanto prejudica esse equilíbrio natural dada sua omissão, quanto faz gerar a necessidade que ou um dos outros poderes atue além dos seus limites, gerando neste uma hipertrofia, ou que a sociedade suporte o fardo da omissão. Essa segunda possibilidade deve ser de todo rechaçada.

É de se valer na origem da função de cada poder: o próprio poder do Estado. A tripartição do poder, desse modo, é meramente organizacional. Como mencionado, os poderes funcionam como uma pequena engrenagem de uma grande engrenagem. Não só os abusos de forma positiva devem ser contidos, mas também o abuso residente na inércia deve ser evitado e pelos outros órgãos reduzido, sem que isso comprometa as suas próprias atribuições. Assim, é tão importante que a hipotrofia de um poder não gere a hipertrofia funcional do outro, que causaria prejuízos às funções próprias do segundo, tendo em vista a sobrecarga de atividades e também porque implicaria em uma acomodação da circunstância irregular.

### 3 AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

A República Federativa do Brasil destina-se, consoante o preâmbulo da Carta Magna, a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” (BRASIL, 1988).

Vale dizer, o Estado Constitucional de Direito formalizado pela Constituição Cidadã de 1988 possui como fundamento, alocado ao art. 1º, inciso III do texto magno, a dignidade da pessoa humana. No entanto, apesar da superioridade hierárquica das normas constitucionais, ainda subsististe inúmeros problemas sociais que restringem o gozo dos direitos fundamentais.

Neste cerne, historicamente falando, o sistema punitivo sempre foi palco de inúmeros atentados contra os direitos humanos. Dessa forma, esse capítulo tratará de analisar a superioridade axiológica dos direitos fundamentais, como figura as funções ressocializadora e punitiva da pena e a conjuntura atual do sistema carcerário brasileiro.

#### 3.1 A fundamentalidade dos direitos individuais e coletivos

As ideias do iluminismo e a Revolução francesa em 1789 foram fundamentais no contexto do reconhecimento e da proteção dos direitos de primeira dimensão. Nessa época, a reconheceu-se o direito ao sufrágio universal, a proteção à propriedade privada, à vida, ou seja, os direitos individuais, tidos como direitos de liberdade. Mais adiante, no pós-primeira guerra mundial, restaram consolidados os direitos de segunda dimensão, ligados aos direitos coletivos de contraprestação do Estado, tidos como direitos de igualdade. Já no pós-segunda guerra mundial foram consolidados os direitos de terceira geração, ou seja, os direitos difusos ou transindividuais, voltados essencialmente à preservação da dignidade da pessoa humana.

Em linhas gerais, essas são as principais dimensões de direitos, que alcançam o patamar de superioridade em relação às demais normas jurídicas. Nessa esteira, a respeito das normas de direito fundamental, insurge destacar dois conceitos pertinentes: a fundamentalidade formal e fundamentalidade material.

A primeira, consistente na fundamentalidade formal, apresenta, conforme ilustra Olsen (2012) três dimensões: I) superioridade hierárquica das normas de direito fundamental em relação às demais normas do ordenamento jurídico; II) limites formais e materiais à edição das normas de direito fundamental; III) aplicabilidade imediata e vinculação de todos os poderes públicos. Por outro lado, a fundamentalidade material compreende a correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo axiológico que informa a Constituição, do qual destaca-se o supramencionado fundamento da dignidade da pessoa humana.

Em miúdos, as normas de conteúdo fundamental entrelaçam-se com o próprio conteúdo axiológico do Estado Constitucional. Os valores máximos da sociedade passam necessariamente na garantia dos direitos individuais e coletivos. Considerada a dimensão de superioridade das normas de direito fundamental, é dever do Estado o comprometimento máximo para alcance da efetividade da norma.

No bojo dos direitos fundamentais, é assegurado ao cidadão em território brasileiro a educação a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Consistindo nos direitos sociais a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer entre outros.

É certo, entretanto, que apesar da existência dos direitos e das garantias previstas no texto constitucional, a realidade que permeia o seio social muitas vezes é discrepante do conteúdo normativo. Não é necessária análise profunda de livros para ter essa conclusão. Apesar da enorme relevância dos estudos sobre a realidade social, não é necessário muito conhecimento sobre esses materiais para reconhecer a desigualdade e os obstáculos que por ora ainda se impõe ao gozo dos direitos ao ser humano fundamentais. Aliás, nesse cenário importa a observação social muito mais do que a própria leitura dos livros. O mundo real nem sempre oferece aos tutelados condições mínimas de sobrevivência e por isso clama por atitudes concretas e emergenciais para solução dos conflitos sociais.

Por outro lado, entre a necessidade que compõe a realidade social e a possibilidade de o Estado fomentar os direitos fundamentais, insurge-se o que a doutrina alemã tem chamado de reserva do possível.

Segundo o pensamento inaugurado pela reserva do possível, o Estado não pode oferecer o que não dispõe em recursos ou o que não seja logicamente possível, nesse sentido Olsen (2012, p. 201), destaca que:

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestação.

É certo, porém, que a mera alegação de não dispor dos recursos necessários não deve escusar o Estado de sua competência, principalmente quando essa escusa atingir uma parcela significativa da sociedade. Por outro lado, cumpre ressaltar que entre a quantidade reduzida de recurso e a inércia do poder público existe um imenso abismo que os separam. Deve-se assistir a população, ainda que com as condições mínimas do Estado, para, posteriormente, fortalecer o Estado, de modo que esse possa, então, viabilizar o cumprimento efetivo dos direitos fundamentais.

Moro consagra a reserva do possível como reserva de consistência, isso porque é necessário à interpretação judicial que invoca a Constituição a presença de argumentos e elementos suficientes que demonstrem o acerto do resultado pretendido. No entanto, no que toca às políticas públicas Moro (2000, p. 67) observa:

O limite da reserva de consistência impedirá o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacitação para elaboração de política habitacional ou que visasse à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal (“busca do pleno emprego” como um dos princípios da ordem econômica). Todavia, a extensão do impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade desta poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que forem encontrados caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, através do Judiciário.

Ademais, o palco das maiores violações a direitos humanos, especialmente tomando o *modus operandi* brasileiro é o sistema carcerário. É reconhecido que o cumprimento de penas privativas de liberdade no Brasil está longe de ressocializar o indivíduo, ainda sendo um fator que mais reforça a desigualdade social do que contribui para a pacificação social.

### 3.2 As funções punitiva e ressocializadora do sistema penal

Percebe-se o quanto é democraticamente evoluída uma sociedade pelo modo em que são tratados os menos favorecidos. Uma sociedade razoável e comprometida com o bem comum dos seus cidadãos deve abrir mais escolas do que presídios. A

necessidade de construir cada vez mais estabelecimentos de recolhimento penal demonstra o quão enferma se encontra uma dada civilização.

Os homens, no decurso da história, sempre tiveram a latente tendência de tratar o cumprimento da pena como uma verdadeira retribuição pelo mal cometido. Baseado em uma análise superficial dos fatos busca-se mais a vingança do que a justiça no sentido abrangente da palavra. É por isso que a anterioridade da lei é necessária em uma democracia. Tanto a definição objetiva de crime, quanto a tipificação da conduta, até a medida da pena devem antes ser racionalizadas.

É de se observar também que os estabelecimentos penais deveriam parecer-se mais com escolas do que com prisões. O que se percebe, entretanto, é que morosamente e com completo descaso a sociedade trata o infrator como um inimigo social, apesar de a era contemporânea ser tida como a era do conhecimento.

Observa-se que o infrator não é o inimigo da sociedade, mas sim a infração. O infrator deve ser reinserido na sociedade ou, muitas vezes, inserido pela primeira vez. A infração, do contrário, deve ser de todo combatida. Para isso, parte-se do ponto de vista que o conhecimento que não reforça a evolução é apenas informação. O verdadeiro conhecimento busca a análise profunda, corroborado por propostas que eficazmente possa solucionar o problema a que se propõe. Do contrário, a energia dispensada no trato desse problema é apenas dispersada.

Na voz dos contratualistas o Estado possui a missão de zelar pela segurança social de todos os seus interessados dada a parcela abdicativa de liberdade a que os tutelados se impuseram em nome do bem comum.

Conforme Beccaria (1764, p. 10) “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos”.

Apesar da enorme contribuição do mencionado pensador ao enfrentamento das penas abusivas, persiste na sociedade o desejo de vingança de retribuição do mal pelo mal. Conforme Beccaria (1764) se a crimes fossem aplicadas penas com a mesma medida de maldade, o Estado se encaminharia à impunidade, pois em algum momento iriam ocorrer crimes tão bárbaros cuja retribuição ao delinquente seria impossível aplicando-lhe penas semelhantes a de crimes de menor proporção.

É notório que essa linha retributiva encaminharia a sociedade à barbárie. É necessário à execução penal resguardar uma proporção entre a função punitiva e a função ressocializadora.

Destaca-se que nem mesmo o pior criminoso pode ser considerado fora do pacto social, sendo a ele negado o respeito à dignidade da pessoa humana. Porque sendo-lhe negado o pacto social, também deve ele ficar impune dos seus crimes, visto que, a pena só pode ser aplicada a quem a lei viola, não sendo possível violar a lei quem dela não se destina.

Segundo Greco (2013), a despeito das funções atribuídas às penas advogam as teorias absolutas a tese da retribuição, enquanto que as teorias relativas apregoam a prevenção.

No Brasil, o Código Penal em seu art. 59 institui que “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 [a pena] para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940).

Assim, a legislação nacional adotou o critério da teoria mista ou unificadora da pena. Isso quer dizer que no Brasil “a retribuição, a prevenção geral e a especial são distintos aspectos de um fenômeno complexo da pena” (GRECO, 2013, p. 477).

Ou seja, a pena não busca apenas a retribuição pelo mal cometido ou a ressocialização do indivíduo, mas sim, busca prevenir que o agente pratique o crime, dado o caráter intimidatório da sanção, bem assim, que as penas aplicadas sirvam de exemplo para que outros indivíduos não cometam outros delitos.

Apesar de a linha que apregoa a prevenção especial ser deveras combatida, posto que utilizar a reprimenda de um indivíduo a outros cidadãos seria desumano, observa-se que, assim como o poder do Estado deve ser contido, assim também devem ser os cidadãos para que a criminalidade e a impunidade não levem a sociedade à barbárie.

### 3.3 Análise do sistema carcerário brasileiro em números

O Brasil vive atualmente a eclosão de uma das maiores crises do sistema penitenciário, não apenas de sua própria história, mas do mundo. Insurge destacar que, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

(Infopen) - compilados pelo ICPS (Centro Internacional para Estudos Prisionais, na sigla em inglês), o Brasil possui a quarta maior população carcerária do planeta (atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia). Infeliz e certamente ao término da escrita desse capítulo, os números já terão sido ultrapassados, contudo, a análise da fotografia, ou seja, do panorama do estado crítico que permeia a sociedade é de todo válida.

É improvável construir um caminho – futuro – racional sem uma análise racional do presente e do passado. E muito se fala no Brasil sobre direito penal do inimigo e direito penal simbólico, mas, o que os números mostram sobre a realidade nacional? O que pode ser extraído entre o que é legal, o que é real e o que se pretende aplicar? O que se apresenta nesse segmento de capítulo monográfico é apenas um pequeno segmento do que é a realidade brasileira. A crise do sistema carcerário começa, antes, na crise do sistema educacional, do sistema de saúde, na ausência histórica de representatividade e na marginalização de uma parcela realmente significativa da sociedade. A título de exemplo, segundo dados do IBGE, em 2010, mais de 7% (sete por cento) da população brasileira com mais de 10 anos de idade não sabem ler ou escrever, conforme ilustra o gráfico:

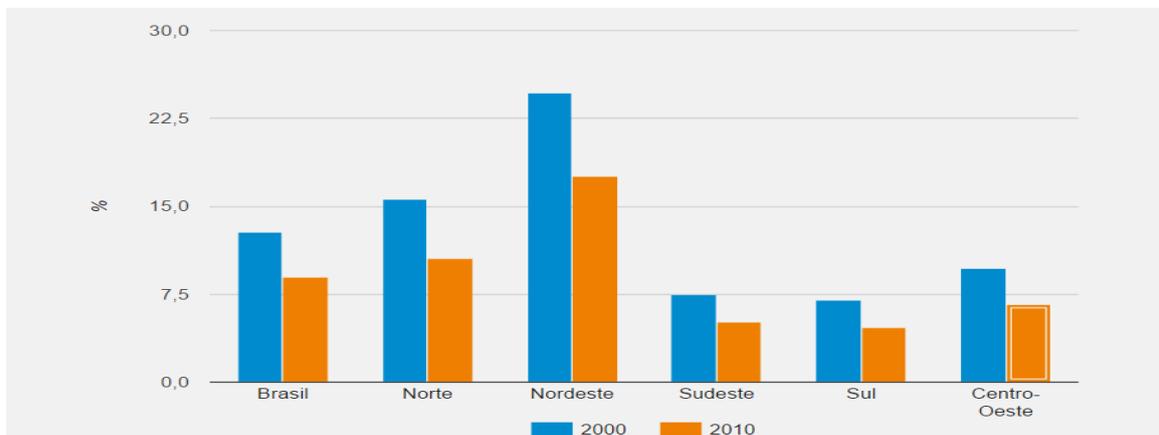
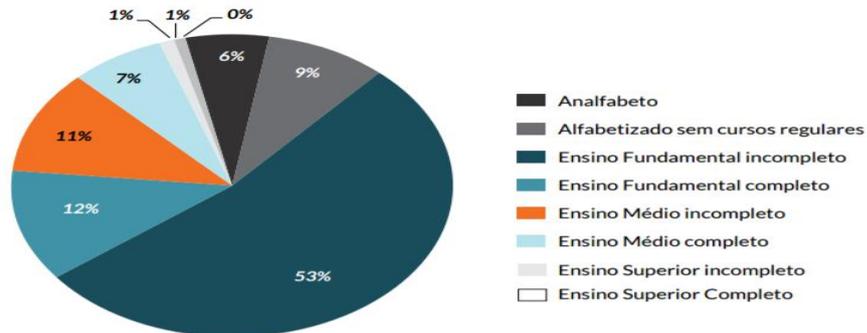


Figura 1 - Taxa de analfabetismo das pessoas de 10 anos ou mais de idade, segundo as Grandes Regiões - 2000/2010. Fonte: IBGE, Censo Demográfico.

O gráfico ilustra o índice de analfabetismo no Brasil no período de 2000 a 2010. Percebe-se que mesmo sendo a alfabetização apenas o ponto de partida para o gozo do direito à educação, o índice de exclusão ainda é alto. Infere-se, assim, que uma parcela significativa da sociedade está longe de alcançar o usufruto da educação.

Nesse cenário, a educação é tão necessária a inclusão das pessoas que parcela significativa das pessoas em cumprimento de pena restritiva de liberdade não possui até o ensino médio, conforme ilustra o gráfico:

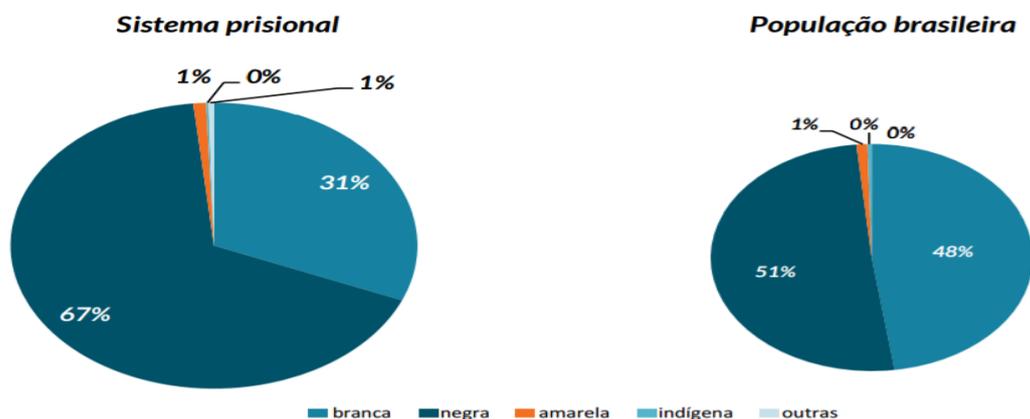


Fonte: Infopen, junho/2014

Figura 2- Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade (consolida os registros informados de todas as ações penais pelas quais respondem as pessoas privadas de liberdade em todo o Brasil). Fonte: Infopen, junho/2014.

Assim, conforme se depreende do gráfico, quanto menor o grau de estudo, maior a marginalização do indivíduo. Somando-se a porcentagem das pessoas privadas de sua liberdade com ensino médio completo, ensino superior incompleto e ensino superior completo é possível compreender como o índice é demais reduzido quando maior for a instrução, posto que esses três segmentos totalizam o quanto de 9% (nove por cento).

No que toca a crise de representatividade, que desencadeia um resultado penal negativo, outro dado corrobora esse entendimento. É que, embora a população brasileira seja massivamente miscigenada, a população carcerária é predominantemente negra.



Fonte: Infopen, junho/2014 e IBGE (2010)

Figura 3 Etnia da população brasileira e a predominância no sistema prisional. Fonte: Infopen, junho/2014 e IBGE (2010).

O gráfico mostra que, segundo dados de junho de 2014, 67% (sessenta e sete por cento) da população carcerária era negra, divergindo da média geral do Brasil que é massivamente miscigenada entre negros e brancos.

Destarte, considerando dados do Infopen de 2015, considerando, ainda, tratar-se de análise dos dados do ano anterior, a população carcerária nacional já ultrapassava o número de seiscentos mil detentos em 2014. E por que esse ano – 2014 – é tão importante de ser citado?

Entre 2004 e 2014 o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), por meio do Infopen, calculou ter ocorrido um aumento de 61,8% (sessenta e um vírgula oito por cento) da taxa de encarceramento – obtida pelo o número de presos dividido pela população. Em termos absolutos, o período de uma década significou o aumento de 80% (oitenta por cento) de detentos. Em números, entre 2004 e 2014 houve um aumento de 336.400 (trezentos e trinta e seis mil e quatrocentos) para 607.731 (seiscentos e sete mil setecentos e trinta e um) presos.

É preciso mencionar, ainda, que conforme o mesmo relatório, no ano de 2014 o quadro de vagas correspondia a 376.669 (trezentos e setenta e seis mil seiscentos e sessenta e nove), contabilizando um déficit de 231.062 (duzentos e trinta e um mil e sessenta e dois) vagas. Perfazendo, portanto, uma taxa de ocupação – razão entre o número de pessoas presas e a quantidade de vagas existentes – de 161% (cento e sessenta e um por cento). Não obstante, o relatório cita os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que pese a existência de 147.937 (cento e quarenta e sete mil novecentos trinta e sete) pessoas cumprindo prisão domiciliar, quantificando, neste período, 775.668 (setecentos e setenta e cinco mil seiscentos e sessenta e oito) pessoas cumprindo penas restritiva de liberdade. Insta citar, conforme o Infopen (2015, p. 6):

A questão penitenciária constitui um dos desafios complexos para os gestores públicos e o sistema de justiça brasileiros. Nosso sistema punitivo, forjado sob o signo das matrizes do patrimonialismo, da escravidão e da exclusão, consagrou um padrão organizacional e estrutural de estabelecimentos penais que são o retrato da violação de direitos das pessoas privadas de liberdade.

No que compreende ao fato de o Brasil figurar no quarto lugar entre as maiores populações carcerárias, o relatório apontou que a taxa brasileira de aprisionamento –

número de pessoas presas para cada cem mil habitantes – foi a única que cresceu. Tendo os Estados Unidos diminuído 8% (oito por cento); a China, 9% (nove por cento); a Rússia, 24% (vinte e quatro por cento); enquanto que, na direção contrária, o Brasil teve um aumento de 33% (trinta e três por cento) no período de 2008 a 2014. Cabe destacar, que, segundo o Infopen (2015, p. 16):

Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.

Os números são ainda mais alarmantes considerando que, segundo o relatório do Depen (2015), em junho de 2014, o número de presos provisórios era 222.190. Considerado o todo, 41% das pessoas privadas de liberdade estavam na condição de presos sem condenação. Cerca de 37% das unidades prisionais informaram deter o controle do período em que essas pessoas estavam recolhidas e nessas, 60% dos presos estavam há mais que noventa dias aguardando julgamento.

Faz-se oportuno mencionar que os estabelecimentos penais, além de não oferecem vagas suficientes, na maioria das vezes sequer possuem a estrutura adequada. O Infopen (2015, p. 31) a respeito da natureza particular e original dos estabelecimentos penitenciários destacou que:

Com vistas a obedecer o que prevê a Lei de Execução Penal, esses estabelecimentos devem ser capazes, por exemplo, de oferecer serviços de saúde, educação e trabalho. Apesar de sua finalidade complexa e singular, mais de um terço das unidades prisionais no país (36%) não foram concebidas para serem estabelecimentos penais, mas adaptadas para este fim. [...] em quase metade (49%) das unidades concebidas como estabelecimento penal há módulos de saúde, em 58% delas, há módulo de educação e 30% desses estabelecimentos têm oficina de trabalho. Entre as unidades adaptadas, esses números são consideravelmente menores: apenas 22% tem módulo de saúde, 40% tem módulo de educação e 17% conta com oficina de trabalho.

Essa é uma análise sucinta do último relatório sobre as unidades prisionais brasileiras, publicado pelo Ministério da Justiça, que compreende um razoável material de 148 páginas. Os números aí apresentados já eram suficientes para extrair a gravidade da situação. E, evidente, inúmeros são os fatores que pretendem explicar os números que seguem nos dias atuais, inclusive as crises de outros sistemas como supramencionado. Contudo, certamente a conjuntura que sucede atualmente

(rebeliões em efeito cascata) é o estopim da (ausência de) governabilidade dos presídios no Brasil, bem como, é reflexo de como a questão criminal é encarada nacionalmente. Entre o debate do direito penal máximo e a ressocialização, muito tempo foi dispensado na teoria. Pouco se realizando no mundo material.

Atualmente, como dito, os presídios brasileiros têm vivido uma das maiores crises do cenário. Em janeiro de 2017, segundo dados do jornal Folha de São Paulo (2017), pelo menos 60 (sessenta) detentos foram assassinados no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, em decorrência de uma rebelião resultante do estopim da guerra entre duas facções. Essa foi a maior chacina depois do massacre do Carandiru, quando mais de 111 (cento e onze) detentos foram ali assassinados.

As crises aqui decorrentes têm condão evidente de demonstrar o quanto o Estado tem sido ineficaz na gestão da segurança pública. O art. 1º da Lei de Execuções Penais institui que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). No entanto, o que tem sido perpetuado são estabelecimentos e medidas que mais desumanizam do que ressocializam. No geral, as penas privativas de liberdade têm mais retribuído o mal cometido do que servido para reinserir na sociedade o apenado. Como a população carcerária têm crescido exponencialmente, os estabelecimentos de recolhimento têm abrangido uma rede de fortalecimento das facções, alimentando o crime organizado.

Dado isso, cenas de vilipêndio, assassinato, violência sexual, esquartejamento e levantamento de órgãos humanos como troféus têm si tornado banalizadas nos horrores de estabelecimentos precários, imundos e por demais reduzidos, dada a necessidade estrutural.

A interpretação dos dados, acaso o número de reclusos tivesse se dado em uma curva, demonstrando um período de crescimento seguido de um decréscimo, poderia indicar – na melhor das variantes – o aumento da eficácia do Estado no combate ao crime. Porém, visto que na verdade o número só aumenta, resta claro a ausência (ou parcela pouco expressiva) de reinserção social.

O fato de rebeliões em presídios terem se tornadas corriqueiras, inclusive sendo deflagradas em efeito cascata, comprova o quanto o Estado tem falhado nos estabelecimentos, que, por sua natureza, deveriam ser onde o agente estatal mais

tem força. E isso porque, para além de ser responsabilidade pública o zelo pela integridade física dos reclusos, sem essa força necessária toda a sociedade é prejudicada. Isso é o que comprova outro dado: segundo o jornal Folha de São Paulo de 24 de Janeiro de 2017, durante uma rebelião, ocorrida no dia de publicação da matéria, 152 (cento e cinquenta e dois) detentos foragiram do local (FOLHA, 2017).

Segundo matéria publicada no dia 18 de janeiro de 2017, pelo jornal virtual G1 entre os dias 14 e 15 de janeiro do mesmo ano pelo menos 26 (vinte e seis) detentos foram assassinados no recinto penitenciária de Alcaçuz, situada em Natal, Rio Grande do Norte. Pelo menos 15 (quinze) corpos foram decapitados e 2 (dois) foram carbonizados. Segundo a mesma matéria, o sistema penitenciário potiguar entrou em calamidade pública em março de 2015. Na ocasião sendo gastos mais de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) para recuperar 14 (quatorze) presídios depredados durante motins, mas as mesmas melhorias já foram destruídas apesar do pouco lapso temporal decorrido (G1, 2017).

Os números mostram a face do terror que ainda atravessa progressivamente o sistema carcerário brasileiro. Como mencionado, é necessário desdobrar-se sobre propostas que eficazmente possa solucionar o problema a que se propõe. E a realidade social clama por medidas concretas em caráter de urgência.

## **4 A ORIGEM DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA INCIDÊNCIA NO BRASIL**

Dentro do espectro de decisões jurídicas de natureza política, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem sido invocada para validar comandos de políticas públicas dados pelo judiciário. Diante da inércia do Poder executivo e da abrangência de descumprimento dos direitos fundamentais, especialmente no que toca ao sistema carcerário, o Neoconstitucionalismo tem aberto espaço para um maior ativismo judicial.

Embora existam vertentes que atribuam a problemática da hiperjudicialização ao Legislativo que não produz normas autoaplicáveis, é cediço que com o advento do estado de bem-estar social o Executivo tem sido conclamado a realizar políticas públicas eficazes à efetivação do texto magno.

É necessário, desse modo, aprofundar-se sobre a origem da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, perfazendo uma análise da aplicabilidade da teoria supra ao sistema carcerário brasileiro. Para tanto, esse capítulo tratará de modo breve o histórico da teoria perante a Corte Constitucional Colombiana e abordará a contextualização dos pressupostos de reconhecimento do estado inconstitucional perante ao Supremo Tribunal Federal, bem assim, das políticas públicas determinadas no Brasil por meio das decisões que aplicaram a teoria.

### **4.1 Breve histórico da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional perante a corte constitucional colombiana**

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem origem no direito comparado, através das decisões originárias da Corte Constitucional Colombiana (CCC). Sabe-se que a Constituição Colombiana de 1991 abriu um processo de participação cidadã no país, uma vez considerada a necessidade de reforma da Constituição de 1886. O texto magno foi considerado marco democrático no país, bem assim, foi tido como um dos textos magnos mais avançados, dado o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Nesse viés, como mencionado, o Neoconstitucionalismo aprofundou os esforços com finalidade de ultrapassar a eficácia jurídica, até que o Estado alcance a eficácia social. Tem-se considerado que ausência de eficácia social em razão de

omissão estatal culmina em uma inconstitucionalidade das coisas quando atinge um número significativo de pessoas. Desse modo, a primeira decisão que reconheceu o estado inconstitucional coisas foi proferida ainda em 1997 por meio da *Sentencia de Unificación* – Súmula nº. 559 pela Corte Constitucional Colombiana.

A ilustre corte constatou, no caso prático, a existência de um descumprimento de direitos previdenciários em dois municípios colombianos, em que um grupo de 45 (quarenta e cinco) professores era atingido. Como outros municípios estavam na mesma circunstância, reconheceu-se que o descumprimento dos direitos previdenciários era generalizado, uma vez que um grupo ainda maior era prejudicado pela omissão dos direitos constitucionais, desse modo, além de declarar o Estado de Coisas Inconstitucional foi determinado que os municípios solucionassem a inconstitucionalidade em prazo razoável.

Posteriormente, a Corte passou a se aprofundar nas decisões que declaravam o Estado de Coisas Inconstitucional. Em 1998, por meio da *Sentencia de Tutela – T nº. 153*, declarou-se a inconstitucionalidade que permeava as superlotações das penitenciárias do país. Mais uma vez a Corte Colombiana constatou que o descumprimento dos direitos fundamentais era generalizado. Nessa esteira, a sentença além de reconhecer a inconstitucionalidade, determinou a alocação de recursos orçamentários necessários para a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias.

Mais recentemente, em 2004, em uma nova *Sentencia de Tutela – T nº. 25*, a Corte tomou decisão mais flexível diante do deslocamento forçado de pessoas na Colômbia. No caso, foram analisados 108 (cento e oito) pedidos de tutela. A decisão declarou o estado de coisas inconstitucional e determinou comandos congruentes a um número abrangente de autoridades públicas.

Dentre os motivos de alteração do entendimento da Corte Colombiana, destaca-se a inobservância das reais possibilidades de as autoridades públicas cumprirem os comandos das sentenças mais rigorosas.

#### 4.2 Contextualização da aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF

No Brasil, o contexto hermenêutico para aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se iniciou por meio da Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental (ADPF) nº. 45/2004. No julgamento foi analisada a questão da legitimidade constitucional no controle e intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Nesse aspecto, as considerações do julgamento levaram em conta a teoria alemã da reserva do possível face à intangibilidade garantista do mínimo existencial.

O processo teve origem após veto presidencial do art. 55 (depois renumerado para art. 59), § 2º, de propositura de legislativa (Lei nº 10.707/2003) a respeito da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2014. Na redação constava:

Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza (BRASIL, 2003).

A parte autora da demanda alegou que a supressão pelo veto desse dispositivo significou desrespeito a preceitos fundamentais decorrentes da Emenda Constitucional (EC/2000) que assegura recursos mínimos para o financiamento das ações de serviços públicos de saúde. A questão central, no entanto, restou prejudicada, uma vez que a Lei nº 10.707/2003 veio a sanar a anterior omissão legislativa.

Importa mencionar, entretanto, que embora arquivada pela perda da razão de existir, a ADPF 45 representou um significativo precedente. Em decisão, foi ponderada a cláusula da reserva do possível, sendo pontuado que, embora exista um vínculo inescusável do Estado ao orçamento financeiro, não pode o Poder Público criar obstáculos ilegítimos com o propósito de inviabilizar as condições mínimas de existência. Nesse sentido, exonerar-se do cumprimento das obrigações constitucionais significaria a negativa dos direitos igualmente constitucionais.

Em síntese, foi reconhecida a possibilidade de intervenção judicial na seara das políticas públicas, não sendo o mérito julgado, como mencionado, pela supressão legislativa.

Posteriormente, foi introduzida no Brasil a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional por meio do Recurso Especial (RE) nº. 592.581 e da ADPF nº. 347. (BRASIL, 2004).

Depreende-se dos autos da mencionada ADPF em epígrafe, que a parte autora postulou pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional relativo ao

sistema carcerário brasileiro, requerendo a aplicação de providências estruturais face a lesão de direitos fundamentais, decorrente de ações e omissões dos Poderes Públicos. Para tanto, foi alegado que a superlotação e as condições degradantes do sistema carcerário ofendem a dignidade da pessoa humana. Sendo também sustentado que os órgãos administrativos ferem preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas suficiente que atenda à necessidade, bem como, que o Judiciário não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que preveem o direito à audiência de custódia.

Outrossim, foi alegado a existência de ausência de motivação de muitas reprimendas cautelares, de “políticas criminais insensíveis”, de produção de legislação simbólica, na qual o Legislativo estaria influenciado pela mídia. Essencialmente, foi destacado a situação caótica que permeia o sistema carcerário, dos quais pode-se citar: celas superlotadas e imundas, proliferação de doenças infectocontagiosas, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, ausência de assistência judiciária adequada, sendo comum encontrar nos mutirões carcerários presos que já deveriam estar soltos há um grande período. Foi também enfatizado que os recintos prisionais estão dominados por facções criminosas, e que tais circunstâncias contribuem para que as taxas de reincidência cheguem a patamar de 70% (setenta por cento).

Nessa seara, em sede de liminar podem ser destacados os seguintes pedidos para que se determine:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; [...] h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. (STF - ADPF: 347 DF - DISTRITO FEDERAL 0003027-77.2015.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/11/2015, Data de Publicação: DJe-237 25/11/2015)

É imperioso comentar, no que tange aos pedidos, que as autoridades conclamadas não pertencem a um único setor. Assim posto, conforme percebido pelo histórico colombiano, desconcentra os comandos, caso deferido, aumentando as possibilidades de execução da medida. Dessa forma, em decisão datada de 09 setembro de 2015, a maioria dos ministros decidiu pelo deferimento das alíneas “b”, para que os tribunais realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão e “h”, para que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

No mérito, além da confirmação das medidas cautelares, destacam-se os seguintes pedidos para que:

a) haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro; b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. (STF - ADPF: 347 DF - DISTRITO FEDERAL 0003027-77.2015.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/11/2015, Data de Publicação: DJe-237 25/11/2015).

Mais uma vez, percebe-se que diversas autoridades são conclamadas para a solução da problemática, que não depende somente da questão orçamentária, mas sim, precipuamente, do esforço mútuo e da adoção de providências diversas para sanar problemas diversos que agravam a mesma situação, ou seja, a violação generalizada dos direitos fundamentais nos estabelecimentos penitenciários. Quanto ao mérito, no entanto, a questão ainda não foi solucionada.

No que toca ao recurso especial, a questão central incide na problemática de o Poder Judiciário determinar a obrigação de fazer direcionada à administração pública, que consiste na execução de obras, quando pela urgência seja necessário à preservação da dignidade da pessoa humana. O mencionado RE foi submetido à sistemática da repercussão geral, portanto, o entendimento proveniente serve de baliza às demais instâncias judiciais em casos similares. Em outras palavras, mesmo as instâncias inferiores podem determinar que o poder executivo realize reformas emergenciais nos estabelecimentos de recolhimento penal.

#### 4.2 Pressupostos de aplicabilidade da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional

Antes de adentrar na temática, urge comentar que o reconhecimento do estado institucional importa em atuação negativa do judiciário, uma vez que além de reconhecer a inconstitucionalidade, são determinados comandos de políticas públicas em prazos razoáveis de modo a sanar o descumprimento de direito fundamental ou evitar que a situação se agrave.

Para tanto, tendo por base as decisões que declararam a inconstitucionalidade das coisas, faz-se mister que se cumpra quatro requisitos cumulativos:

I) Existência de quadro insuportável de violação a direitos fundamentais.

Sabe-se que o reconhecimento dos direitos humanos implicam importante avanço no combate dos abusos decorrentes do mau uso do poder. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, as Constituições passaram a verticalizar as normas de conteúdo axiológico, o que inclui a dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de abranger os mecanismos de proteção a esse segmento.

II) Descumprimento generalizado e sistemático, importando em atos comissivos ou omissivos de autoridades públicas.

Com o advento do Estado Social, sinalizado pelas constituições pragmáticas, o Poder Público tomou para si a obrigação de fomentar a prestação dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, especialmente, invocam a atuação positiva do Estado, uma vez que necessitam da contraprestação estatal. A omissão nesse campo de atuação tem sido apontada como negativa dos direitos fundamentais, bem como as próprias atitudes concretas que importem na mesma recusa desses direitos, fundamentalmente quando tais atos atinjam a uma parcela significativa da sociedade.

III) Lapso temporal razoável do qual se depreenda efetiva inércia do Poder Público.

Sabe-se que embora os valores *magnos* signifiquem ideais dos quais a sociedade e o Estado devem trabalhar para efetivar no plano material, as possibilidades reais, ou seja, os recursos disponíveis, nem sempre são suficientes para tirar do comando normativo todos os seus efeitos de modo imediato. Por isso, incumbe às autoridades públicas observar o tempo razoável com os meios disponíveis para oferecer o acesso ao mínimo existencial. A inércia, dessa forma, implica na escusa injustificada, havendo possibilidades de recurso, de atender a essas necessidades. Portanto, deve ser contida, uma vez que assim como a usurpação de competências, a inércia significa um abuso de poder, tal como já demonstrado.

IV) Necessidade de mudanças estruturais e aplicação de políticas públicas para cessar ou impedir o agravamento da circunstância.

Diante da omissão do poder público (muitas vezes representado pelo Poder Executivo), algumas violações se tornam tão danosas aos tutelados quanto perigosas à própria segurança jurídica. A ausência de acesso à educação, à cultura, entre outros, influencia gravemente na questão da segurança pública. A ausência de investimentos corretos no setor da segurança perpetua a situação caótica da violência urbana e assim sucessivamente. A Constituição Federal institui no art. 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Desse modo, é indeclinável ao judiciário medidas que visem a solução ou abrandamento das circunstâncias nesse aspecto necessárias.

Portanto, o mero reconhecimento do estado inconstitucional pelo judiciário não seria suficiente para sanar a violação aos direitos fundamentais. Denota-se que, dentre os requisitos apontados, subsiste a observância adequada ao lapso temporal razoável à efetivação social da norma, de modo que a atuação do Poder Judiciário só é aplicada no caso da inércia do poder público. De tal sorte, a declaração pura e simples da inconstitucionalidade estrutural ocasionaria um ciclo vicioso: a Constituição assegura os direitos fundamentais, o poder público se escusa de seu dever de prestação ou mesmo cria obstáculo ao gozo destes, o judiciário reconhece a inconstitucionalidade e mais uma vez o poder público se omite da assistência necessária, dado que anteriormente houve possibilidade de fazê-lo e, injustificadamente, não o fez. Assim, os comandos certos, ou seja, a atuação positiva

do Judiciário, são tão importantes nesse caso, posto que iniciam o cumprimento do papel do Estado.

Infere-se, por outro lado, conforme observado pelo histórico das decisões da Corte Constitucional Colombiana, que os comandos postulados pelo judiciário também devem observar a razoabilidade orçamentária, bem como atribuir a solução a autoridades diversas, de modo a viabilizar o cumprimento das políticas públicas verticalizadas.

Assim, o conteúdo jurídico, além de ser claro, deve se aproximar da auto executabilidade. Em síntese, deve ser objetivo, afim de que não seja mais um documento vazio de sentido material.

#### 4.3 Críticas à adoção da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF

Embora cada Estado possua um ordenamento jurídico único, que depende do curso de sua história, da cultura do povo e de inúmeros outros fatores, o direito comparado é um importante mecanismo de avanço à organização interna do país. Nesse aspecto, como mencionado, o histórico das decisões colombianas além de trazerem a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional como mecanismo de atuação frente ao descumprimento dos direitos fundamentais, trouxe uma importante lição: a da razoabilidade aos comandos impostos pelas cortes constitucionais, quando da busca por atitudes concretas, de modo a garantir a eficácia dos comandos jurídicos impostos.

Nessa esteia, oportuno destacar as providências alternativas, oriundas da Corte Constitucional da África do Sul, a respeito da interferência do Judiciário nas políticas públicas e na realocação dos recursos orçamentários. Tem-se considerado a esse respeito o *meaningful engagement*, ou seja, o “compromisso significativo”. Segundo Vieira Júnior (2015), num informativo publicado no Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal, nº 736, de 2015, o mesmo explica:

O “compromisso significativo”, que representa alternativa à intervenção judicial em políticas públicas fundada no “reconhecimento do estado de coisas inconstitucional”, parece ser relação institucional interativa mais rica e complexa, em que não há a imunidade total da Administração Pública, nem, tampouco, a prevalência absoluta dos juízes no sopesamento da concretização dos direitos fundamentais e da preservação das competências constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo (destaque no original).

Ou seja, é necessário o compromisso significativo de diversas autoridades, não se tratando de uma questão de superioridade de um poder pelo outro, mas de atuação com vista à garantia dos direitos constitucionais. Destarte, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº. 736/2015 que tem como objetivo regulamentar, em sede de ADPF, a aplicabilidade da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e instituir o “compromisso significativo” com a seguinte redação, que inclui na Lei nº 9.882/1999:

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

- I – constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;
- II – falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação.

Assim, vislumbra-se que embora a aplicação do estado de coisas inconstitucional ainda signifique um ativismo judicial, posto que ainda importa em atuação desregulamentada, existem esforços para tornar a medida legalmente cabível nos casos de constatação da violação massiva a direitos fundamentais em sede de ADPF, o que decorre da própria dinâmica de criação do Direito.

Por outro lado, também é pertinente explanar os argumentos, embora não expressivos, que têm sido levantados para apontar uma suposta ausência de legitimidade na atuação do Supremo Tribunal Federal ao determinar os comandos de políticas públicas:

a) Ofensa à separação harmônica dos poderes: como já elucidado, os poderes têm competências específicas. Na mesma esteira, os órgãos que compõem esses poderes. Dessa forma, ao STF compete a guarda da Constituição Federal, que consagra a separação harmônica dos poderes. A atuação positiva da ilustre corte seria, então, uma ofensa a esse princípio, posto que compete ao poder executivo assinalar e comandar as políticas públicas do Estado. Entretanto, a carta magna também consagra a indeclinabilidade de lesão ou ameaça de lesão a direito, constituindo os direitos fundamentais o conteúdo axiológico do Estado. Como existe o requisito da omissão do poder público para que seja declarado o estado de coisas inconstitucional e determinado os comandos, é notório que atuação não importa em

abusividade do poder. Destaca-se que com a evolução da interpretação da teoria, foi verificado que o melhor caminho é conclamar o maior número de autoridades possível para obtenção da solução da problemática, abrindo, dessa forma, espaço para o diálogo das medidas. Assim, a aplicabilidade da teoria não importa em supremacia do Poder Judiciário, mas sim em proteção dos direitos individuais e coletivos.

b) Ausência de análise da possibilidade orçamentária: a questão orçamentária é de todo ampla. Embora não coincida com a forma original da teoria da reserva do possível, no Brasil tem sido decidido que a cláusula deve ser aplicada de modo a reconhecer que o orçamento deve ser controlado. Assim, tal como postulada originalmente é preciso reconhecer que o Estado não pode dispor do que não seja logicamente possível ou aquilo do qual não disponha. Sabe-se que as primeiras decisões acerca do estado inconstitucional determinaram comandos mais centrais, sendo apontados como inviáveis. Contudo, a questão já resta encaminhada, posto que especialmente após a contribuição da cláusula *meaningful engagement* deve ser observado o engajamento das diversas autoridades públicas, abrindo espaço para comandos que sejam realmente possíveis. Observa-se que a análise orçamentária deve ser mais profunda, uma vez que em alguns casos não prevalece a ausência de recurso financeiro, mas sim a alocação equivocada dos recursos. Exemplificando, foram dispensados valores na reforma do presídio de Alcaçuz, como já mencionado. No entanto, após um curto intervalo de tempo as melhorias já haviam sido destruídas. Dessa forma, os comandos judiciais devem sanar a necessidade observando a fundo a alocação dos recursos. De tal sorte, a problemática da ausência de análise das possibilidades de recurso como meio de impedir o a atuação do Supremo no reconhecimento da inconstitucionalidade é vaga.

c) Hipertrofia jurisdicional funcional: esse fator merece maior cautela, já que decorre da ofensa à separação harmônica dos poderes. Apesar de a teoria do estado de coisas inconstitucional não ferir essa colegialidade constitucional pelos motivos supra, o fator da hipertrofia jurisdicional funcional, ou seja, a usurpação de competências de modo prolongado deve ser evitada. Em outras palavras, é certo que enquanto não haja e até mesmo caso não haja regulamentação dessa forma de atuação, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional importará em uma forma de ativismo. E ao ativismo, de modo geral, deve-se acautelar. Como já analisado, os poderes devem funcionar de modo a preservar o equilíbrio institucional. Caso implique em uma sobrecarga de atividades, ou em uma acomodação a omissão

de um dos poderes, deve ser evitado, já que o equilíbrio é importante a preservação das funções. Por outro lado, depreende-se que como a aplicação da teoria pressupõe circunstâncias objetivas, essa forma de atuação não deve culminar no abarrotamento do Poder Judiciário.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise efetuada acerca do tema proposto sem a pretensão de exaurir o assunto abordado, resultou nas conclusões a seguir delineadas.

O Estado deve por intermédio dos Poderes, corresponder à expectativa social e atingir seu objetivo precípua, qual seja: a manutenção dos direitos e garantias fundamentais. Entendeu-se que as omissões dos Poderes na prestação desses direitos acarreta o estado de inconstitucionalidade das coisas, não sendo possível a declinação do Poder Judiciário da missão de dizer o direito em última instância.

Reconheceu-se que o fundamento de validade dos Poderes é único: o Poder do Estado, tendo em vista a parcela abdicativa de liberdade dos tutelados em nome do bem comum, não pode a sociedade suportar o fardo da omissão das garantias constitucionais, posto que isso seria de uma insegurança jurídica desproporcional.

Com o deslinde da problemática compreendeu-se que com o advento do Neoconstitucionalismo, a sociedade abriu legitimidade para decisões jurídicas mais politizadas e contextualizadas com a realidade material. Isso posto, foi analisada a situação do sistema carcerário nacional, sendo observadas condições desumanas de superlotação, ausência de estrutura coerente, assassinatos em massa, fortalecimento de facções, proliferação de doenças e destinação de recursos orçamentários perdidos. Em síntese, um estado caótico. De fato, um quadro generalizado de violência dantesca.

Verificou-se, portanto, que embora a Constituição Federal de 1988 consagre a dignidade da pessoa humana como fundamento supremo, a situação caótica e insustentável do sistema carcerário nacional nega quase que completamente os direitos fundamentais, clamando por medidas eficazes e urgentes de reversão da situação.

Portanto, nessa seara, foi arguida a ADPF nº 347, pugnando pela declaração de inconstitucionalidade e aplicação da teoria do estado de coisas constitucional para determinar políticas públicas que visem à solução da violação massiva que se alastra nos presídios brasileiros.

Foi compreendido que como a teoria possui critérios objetivos para aplicabilidade, dos quais destaca-se a inércia do poder público e a necessidade urgente de tomar medidas para cessar o descumprimento dos direitos fundamentais ou impedir que a situação agrave, é legítimo ao Supremo Tribunal Federal a adoção

das medidas necessárias. Uma vez guardião do texto magno, deve-se entender assim como no primeiro caso de controle de constitucionalidade perante a Corte Americana que, ou a Constituição é plena e irradia valores máximos, ou é apenas um texto jurídico ausente de importância social.

O Direito é dinâmico e deve acompanhar o dinamismo social, oferecendo soluções eficazes aos conflitos que se instauram, inovando nos mecanismos necessários, sem que isso implique na desconsideração do contexto evolutivo da teoria do Estado.

Desse modo, os objetivos propostos foram alcançados, tendo sido confirmada a situação exposta na formulação do problema e da hipótese. Ou seja, sem mais delongas, visto que a problemática já foi devidamente fundamentada na presente pesquisa, a atuação do STF ao determinar comandos e conclamar a atuação das autoridades públicas pertinentes, não apenas é legítima como também é necessária, diante do descumprimento generalizado dos preceitos fundamentais. Espera-se oportunamente, que a ADPF nº 347 seja quanto ao mérito acolhida e iniciada, para que as ações que visem sanar a lástima situação carcerária nacional, venham a proteger o conteúdo magno, devendo apenas haver uma estrita observância aos pressupostos objetivos da teoria e da Constituição Federal de 1988 para que exista uma declaração de inconstitucionalidade fática e que tal atuação não acarrete em uma hiperjudicialização estrutural, acomodando-se com a inércia dos poderes em geral.

Diante do que ora foi exposto, o que se pretende verdadeiramente é que a atividade científica aqui empreendida possa servir de incentivo e base ao estudo dos juristas, haja vista a relevância da matéria e a estrita atualidade da temática que de tão recente no ordenamento, ainda encontra poucas obras ao seu respeito, uma vez que envolve a mais recente forma de interpretação das normas constitucionais. Sabe-se que a temática abordada suscitará contribuições salutares aos acadêmicos e aos membros da sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

ANGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2008.

**BRASIL. STF - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : ADPF 347 DF - DISTRITO FEDERAL 0003027**

**77.2015.1.00.0000**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em:

< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310868871/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-347-df-distrito-federal-0003027-7720151000000>>.

Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

CARMO, Sidney Gonçalves do. **Mais de 150 presos fogem após rebelião em presídio de Bauru**. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1852602-presos-fogem-durante-rebeliao-em-presidio-de-bauru-no-interior-de-sp.shtml?cmpid=facefolha>>. Acesso em 24 de janeiro de 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**.. Editora Juspodivm. Salvador, Bahia. 7a ed. 2013.

DEPEN. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias INFOPEN**.

Disponível em:< [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf)>.

Acesso em 19 de janeiro de 2017.

G1. **IDEB identifica 16 dos 26 mortos na rebelião em Alcaçuz** .Disponível em:

<<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/01/itep-identifica-16-dos-26-mortos-na-rebeliao-em-alcacuz.html>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: IMPETUS, ed. 15ª rev. Atualizada e editada. 2013.

IBGE. **Vamos conhecer o Brasil**. Disponível em:<<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/educacao.html>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOCKE, J.; et. AL. **Carta acerca da tolerância**. 1973 - Abril Cultural. Disponível em: <<http://www.portalconservador.com/livros/John-Locke-Carta-Acerca-da-Tolerancia.pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Rev. Inf. Leg. V. 48. Nº 192. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Instituto Brasileiro de Direito Público**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo, Editora Saraiva. 2012.

MORO, Sergio Fernando. **DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43018/Desenvolvimento%20e%20efetivacao%20judicial%20das%20normas%20constitucionais.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 dez de 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012.

RIBEIRO, D. V. H. **Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário**. Revista de informação legislativa, jul./set. 2013. p. 25- 33. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502916/000991396.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 de dezembro de 2016

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., 2006, Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2006.

UOL. **Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/prisoas-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: < [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. Editora ática, volume 1, São Paulo, 14ª edição. 2006.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **A eficácia jurídica e social (efetividade) das normas de direitos fundamentais.** Disponível em:  
<[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%205%20%20A%20Eficacia%20Juridica%20e%20Social%20\(Efetividade\)%20das%20Normas%20de%20Direitos%20Fundamentais.pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%205%20%20A%20Eficacia%20Juridica%20e%20Social%20(Efetividade)%20das%20Normas%20de%20Direitos%20Fundamentais.pdf)>. Acesso em: 14.01.2016.

ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil.** Revista de Informação Legislativa, v. 47, n.185, p. 7- 25, janeiro – março /2010. Disponível em:  
<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198655/1/000881199.pdf>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.