

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O CASO CAÓTICO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA REFLEXÃO

Larissa Satie Fuzishima Komuro¹
Rogério Henrique Cardoso de Paula²

Resumo: Esta análise procura fazer uma ponderação acerca do estado de coisas inconstitucional (ECI), reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, no sistema prisional nacional. Neste contexto, analisaremos as penas privativas de liberdade e os direitos de presos e presas que estão sendo violados de forma generalizada em virtude de atos comissivos e omissivos emanados de diversos órgãos estatais. Apreciaremos, ainda, a conceituação e desenrolar jurisprudencial do ECI, ressaltando sua criação e aprimoramento pela Corte Constitucional Colombiana e sua adoção ulterior no Brasil pelo STF. Posteriormente, estudaremos as nuances presentes na ADPF mencionada. Para a confecção desta reflexão, recorreremos a referenciais teóricos sobre a temática, sobretudo as análises de Campos (2019), Lima (2018), Peña (2011) e Caldas e Lascane Neto (2016), bem como à legislação penal atinente ao instituto da prisão preventiva e temporária.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional; sistema prisional brasileiro; ADPF-347/DF; prisões provisórias.

Abstract: This analysis objective is to do a ponderation about unconstitution state of affairs, recognized by the brazilian Supreme Federal Court, based in the constitutionally control action ADPF 347/DF, into the nacional prision system. In this context, we are going to analyze custodial sentences and prisoners rights that are being violated generally by comissive and omissivos acts emanating from different state agencies. We are going to study, still, the unconstitution state of affairs jurisprudencial development, underscoring his creation and enhancement by the Colombian Constitutional Court and his application in Brazil by Supreme Federal Court. Posteriorly, we will examine ADPF 347/DF peculiarities. For the elaboration of this reflection, we use theoretical references about the tematic, especially the analysis of Campos (2019), Lima (2018), Penã (2011) and Caldas e

¹ Mestre em Direito, coordenadora do curso de Direito das Faculdades Integradas Rui Barbosa e docente dos cursos de Administração, Ciências Contábeis, Engenharia e Direito das Faculdades Integradas Rui Barbosa.

² Graduado em licenciatura plena em História pela UFMS/CPTL. Atualmente, é acadêmico do quarto semestre do curso de Direito das Faculdades Integradas Rui Barbosa (FIRB) e pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Única de Ipatinga (FUNIP) – EAD.

Lascane Neto (2016), as well as the Brazilian penal legislation about pre-trial detention and temporary arrest.

Keywords: unconstitution state of affairs; Brazilian prison system; ADPF-347/DF; provisional arrests.

1. Introdução

Buscamos, nesta reflexão, esmiuçar a questão do estado de coisas inconstitucional (ECI) a qual se consubstancia, especialmente, no seu reconhecimento, pelo STF, no deferimento de medida cautelar requerida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, no sistema prisional do país diante de violações contínuas, sistemáticas e generalizadas de direitos fundamentais dos incontáveis sujeitos presos.

Trataremos, em um primeiro momento, da natureza das penas privativas de liberdade no Brasil, ponderando sobre os institutos da prisão preventiva – motivo pelo qual 41% dos presos se encontra no cárcere (LIMA, 2018) – e da temporária, diferenciando-as da execução em si da sanção penal cominada nas normas penais incriminadoras. Neste tópico, ainda, será explicitada a realidade conturbada e desumana que reina no sistema prisional brasileiro, o que, inevitavelmente, acaba por violar direitos fundamentais de apenados e demais presos provisórios.

Ulteriormente, abordaremos a conceituação dada ao estado de coisas inconstitucional (ECI) o qual tem sua gênese na Corte Constitucional Colombiana nos anos de 1990, mais especificamente na *Sentencia de Unificación* nº 559 de 1997, onde se reconheceu a “falha estrutural sistêmica”, implicando generalizada violação de direitos previdenciários dos professores do município de María La Baja e Zambrano e requereu-se das autoridades locais a resolução dos problemas inconstitucionais. (CAMPOS, 2015 e 2019; CALDAS e LASCANE NETO, 2016). Ele está alicerçado na ideia de ativismo judicial no qual as decisões da corte afetaram diretamente as políticas públicas, bem como suas

respectivas estruturações, emanadas de outros poderes, além do fato de se caracterizar pela violação generalizada, contínua e sistemática de direitos constitucionalmente consagrados por atos omissivos e comissivos do poder público. (CAMPOS, 2019).

Em seguida, enfatizar-se-ia, em específico, a questão do estado de coisas inconstitucional (ECI) arguida na ADPF 347/DF, de relatoria do ministro Marco Aurélio de Mello. O ECI foi, de certa forma, reconhecido no sistema carcerário pátrio, ao menos no que concerne à concessão de medida cautelar pleiteada na exordial da aludida ação de constitucionalidade, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), visando superar o quadro sistêmico de violações de direitos basilares presentes na Constituição da população carcerária. (BRASIL, 2015a).

2. As medidas privativas de liberdade e a realidade do sistema carcerário nacional

Consoante o art. 5º, XLVI e XLVII, da Constituição Federal, no país só são constitucionalmente lícitas penas restritivas de liberdade sem caráter perpétuo. (BRASIL, 1988). Em decorrência disso, as leis infraconstitucionais, como o Código Penal e as suas equivalentes penais extravagantes, como a lei antidrogas, só podem prever, como sanções mais gravosas, penas privativas ou restritivas de liberdade com tempo determinado que permitam a ressocialização e reeducação do apenado para que este compreenda o caráter reprovável de sua conduta e retorne à sociedade. Entretanto, por conta da situação calamitosa do sistema prisional nacional, isso não ocorre, como será demonstrado no decurso deste tópico.

Vale salientar que, além das penas relativas às sanções penais de normas incriminadoras, isto é, às prisões definitivas, há o instituto da prisão preventiva, regulada

pelos artigos 311 ao 316 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e o da temporária, disciplinado, a seu turno, pela lei nº 7960/89. (BRASIL, 1989). O primeiro diz respeito à hipótese de decretação da prisão tendo como intuito a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”, à luz do que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal (CPP), podendo ser decretada no decurso de investigação ou do processo criminal. (BRASIL, 1941). Já o segundo se figura como o instituto a ser aplicado, de acordo com as disposições do art. 1º, e seus incisos, da lei que o regula, quando estritamente necessário ao inquérito investigativo policial, nos casos em que o indiciado não possuir residência fixa ou não haja elementos que dão luz à sua identificação e na hipótese de haver prova admitida na lei penal que comprove a sua autoria ou participação em determinados crimes, como homicídio doloso, roubo, atentado violento ao pudor, estupro, tráfico de drogas etc. (BRASIL, 1989). Relativo a prazos, a primeira pode ser mantida até que subsistam, de acordo com que preconiza o art. 316 do CPP, os motivos que a ensejaram. Caso eles não existam mais, deve a autoridade judiciária revogá-la. Contudo, em 2019, houve uma alteração substancial desse dispositivo, perpetrada pelo chamado “pacote anticrime” (Lei nº 13.964, de 2019), o que lhe conferiu nova redação. Com isso, há a previsão legal determinando que os motivos ensejadores da prisão preventiva devam ser reavaliados a cada 90 dias pelo órgão que a expediu para que se verifique a subsistência ou cessação desses motivos. Sem tal reavaliação, a prisão tornar-se-ia ilegal. (BRASIL, 2019). Por sua vez, a segunda possui prazo de cinco dias, prorrogáveis em caso de extrema necessidade, por igual período, além de haver a hipótese de sua conversão, pelo juízo competente, em preventiva. (BRASIL, 1989).

Por causa da natureza da prisão temporária, é de se deduzir que a situação da imensa maioria dos presos provisórios seja de prisão provisória resultante da conversão

da temporária em preventiva pelo juízo competente já que muitos presos estão nesta situação por conta de tráfico de drogas, delito o qual figura como uma das hipóteses em que pode ocorrer, em caso de prova de autoria ou participação do sujeito, a decretação de sua prisão temporária. Concernente a isso, Lima (2018) observa que, com o advento da lei de drogas em 2006, sobretudo por conta de seu texto vago e impreciso, houve o massivo aumento de prisões envolvendo tráfico de drogas.

Segundo Caldas e Lascane Neto (2016), fazendo alusão às ponderações de Mendes, o sistema carcerário brasileiro é fortemente caracterizado pela falência oriunda, dentre outros fatores, da “[...] prevalência de prisões provisórias em detrimento de outras medidas, a excessiva demora nos julgamentos, a aplicação de penas privativas de liberdade a crimes de menor gravidade, medidas essas justificadas pela cultura do aprisionamento como solução para impunidade”. (MENDES, 2015 apud CALDAS E LASCANE, 2016). Bastos e Krell (2017, p. 303) também observam que o Poder Judiciário está profundamente imbuído da “cultura do grande encarceramento” o que faz com que muitos magistrados utilizem em demasia a “prisão processual para satisfazer os anseios de justiça da sociedade”. Isso contribui para a alto percentual de encarcerados sob custódia provisória.

As prisões provisórias, que abarcam aproximadamente 40% dos presos, englobam tanto a decretação de prisões preventivas como de sua equivalente temporária. O descontrole é tamanho que infindáveis encarcerados passam muito tempo além do estipulado legalmente em prisões dessa natureza, sem serem devidamente sentenciados. Há um uso generalizado de prisões provisórias como medidas cautelares pelo criminal juízo *a quo*, o que acaba sobrecarregando demasiadamente o nosso sistema prisional. “[...] o uso da prisão antes do trânsito em julgado no Brasil vem sendo banalizado por decisões judiciais. Em 1990, o percentual de presos provisórios dentre a população carcerária era de

18%, sendo hoje de cerca de 41%.” (STF, 2015a, p. 31). Isso se configura, somado à ojeriza que a população nutre dos presos, como um terreno fértil para violações sistemáticas de direitos fundamentais da população carcerária. (CALDAS E LASCANE NETO, 2016).

Nesse sentido, Lima (2018, p. 1) traz os percentuais, fundado no relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 2016, sobre o sistema carcerário, que dizem respeito a essa população. Em suas palavras: “O último relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentando os dados referentes à população carcerária do Brasil revelou um déficit de 206.307 vagas no sistema prisional, além de denunciar que 41% dos presos estão detidos de forma provisória.” Ilustra isso a situação deplorável de nossos presídios, decorrente de omissões e atos conscientes, comissivos, de órgãos executivos e judiciários. Sem falar na violação de direitos fundamentais basilares, como à vida e à liberdade de locomoção, pois não são raras as rebeliões que desembocam em conflito violento entre grupos criminosos rivais e em assassinados generalizados, além de indivíduos encarcerados em inobservância das determinações da lei penal, ou seja, não há a revisão, pelo juízo ou tribunal que decretara a prisão, de 90 em 90 dias da preventiva, à luz do que dispõe o parágrafo único do art. 316 do CPP. (LIMA, 2018).

Não obstante, o acentuado déficit de vagas nas unidades prisionais corrobora a deplorável situação do preso, esteja ele cumprindo prisão cautelarmente, seja definitivamente. Os relatórios de 2013 e sua segunda edição de 2016, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), cujos dados são elucidados por Caldas e Lascane Neto (2016), explicitam claramente o *status quo* do sistema prisional pátrio, onde se torna impossível avançar os objetivos da pena: o de ressocializar o apenado e reintegrá-lo à sociedade.

Outrossim, é fato notório que o sistema prisional brasileiro é totalmente incompatível com os intuitos nucleares do cumprimento da pena restritiva de liberdade,

seja ela reclusão ou detenção. Conforme dispõe o art. 1º da Lei de Execuções Penais (LEP – lei nº 7210/84), o cumprimento da pena tem que visar à integração social harmônica do condenado ou do internado à sociedade. (BRASIL, 1984). Os autores da ADPF 347/DF também ressaltam essa impossibilidade, argumentando que as “masmorras medievais” que se tornaram as prisões brasileiras frustram o intento de ressocializar os prisioneiros, contribuindo, assim, para a prática de violência novamente após saírem do cárcere – o índice de 70% de reincidência mostra isso. (STF, 2015a). Não obstante, há o objetivo de tanto retribuir a prática delituosa como de trazer a possibilidade de reinserção do apenado à sociedade, reabilitando o indivíduo. (LIMA, 2018). Por conta da falência carcerária no país, esses objetivos da pena não são atingidos e muito menos os direitos fundamentais dos encarcerados observados pelos órgãos estatais (Executivo e Judiciário).

Diante disso, como argumentam Caldas e Lascane Neto (2016), o sistema prisional caótico brasileiro leva “à degradação do preso” e à sistemática violação de seus direitos por conta da omissão e até ação positiva do Poder Público. A argumentação constante na exordial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, ajuizada em 2015, sintetiza essa situação de coisas demasiadamente inconstitucional, que atenta contra a dignidade humana e os pilares de nosso Estado Democrático de Direito e buscou ensejar a decretação, pelo STF, do estado de coisas inconstitucional neste sistema com vistas a instigar o Poder Público a tomar medidas para suplantá-lo, *in verbis*:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a

cumplicidade do Poder Público. (BRASIL, 2015a, p. 2).

É necessário, dessa forma, que, ante o flagrante *status quo* lesivo aos preceitos de nossa Constituição vigente no sistema penitenciário nacional, o Poder Judiciário, por meio de seu órgão de cúpula, aprecie a citada ação de constitucionalidade para que se possa superar esse quadro caótico. Sem a superação desse estado de coisas, não há como proporcionar a reeducação e ressocialização dos apenados, objetivos centrais da pena privativa de liberdade, conforme coloca o art. 1º da Lei de Execuções Penais. (BRASIL, 1984). Além disso, à luz do que argumentam Bastos e Krell (2017, p. 11), a superação desse quadro sistêmico de violação de direitos fundamentais requer a aplicação de “soluções orgânicas, através da atuação coordenada dos três níveis federativos, e não apenas de um poder ou ente”.

3. O estado de coisas inconstitucional: da sua gênese na corte constitucional colombiana à adoção no Brasil

Conforme argumenta Peña (2011, p. 8), o “estado de cosas inconstitucional” pode ser conceituado como um quadro de violação de direitos constitucionalmente estabelecidos de tal magnitude que se corporifica numa situação de “[...] violación masiva, generalizada y estructural de los derechos fundamentales”, perpetrada pela omissão ou até por atos comissivos de diversas instituições públicas. Ele é, de acordo com as alegações do autor colombiano, uma criação intelectual da corte constitucional desse país andino, ainda em desenvolvimento, que intenta fazer face às realidades contrárias aos postulados norteadores da constituinte colombiana, promulgada em 1991 – portanto, mais nova que a nossa.

Os antecedentes jurisprudenciais do ECI remetem às decisões da Corte Constitucional Colombiana, em diversas “*Sentencias de Unificación*”, que reconheceram primeiramente a existência de um quadro tão gravoso, sistêmico, contínuo e generalizado de violações aos ditames constitucionais, oriundo de atos comissivos e omissivos de diversos órgãos estatais. A característica elementar dos atos e das omissões não perpassava pela simples omissão legiferante em regulamentar infraconstitucionalmente os dispositivos constitucionais ou em proteção deficiente de direitos pelo Poder Público, mas sim por atos e omissões generalizados perpetrados por inúmeros órgãos que implicavam inexoravelmente violações sistêmicas de direitos constitucionais. (CAMPOS, 2019). Peña (2011) assevera que o ECI se desenvolveu jurisprudencialmente através de oito sentenças proferidas pela Corte Constitucional Colombiana as quais o reconheceram e estipularam determinações para sua superação. A referida corte elencou uma série de medidas que afetou diretamente ou determinava a elaboração de políticas públicas de diversos matizes com o objetivo central de chancelar múltiplos direitos (de direitos previdenciários dos professores colombianos ao direito à saúde da população carcerária e das pessoas forçadas a se deslocarem em decorrência da violência extrema do país (CAMPOS, 2019)).

Campos (2019) pondera sobre a construção do ECI, por essa corte latino-americana, a qual, segundo o próprio autor, é marcada e reconhecida no continente por seu ativismo judicial. O surgimento e aprimoramento dessa, digamos, “ferramenta de controle de constitucionalidade da realidade”, porquanto quando se decreta o ECI, a corte está diante de uma realidade destoante das determinações da *Lex Mater*, deu-se em forma de um processo desde seu surgimento na *Sentencia de Unificación* 559 de 1997 na qual, “[...] a Corte Constitucional declarou, pela primeira vez, o ECI. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram seus direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais.” (2019, p. 127). No entanto, a corte, como postula o autor, não

estava analisando se os autores eram titulares desses direitos ou não, ou seja, a análise da corte não recaiu sob a dimensão subjetiva desses direitos, mas sim se voltou para “investigar as falhas estatais por trás das violações de direitos de forma a superá-las, defendendo, desse modo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.” (2019, pp.127-128). A inobservância de direitos previdenciários, portanto, era generalizada e afetava certa de 80% do professorado do país. Ela emanava de uma “falha estrutural sistêmica” que requeria da corte adoção de meios que suscitasse a (re) elaboração de políticas por órgãos de outros poderes para fazer face à situação inconstitucional e suplantá-la. (CAMPOS, 2019).

O ECI foi sendo aprimorado com o tempo ao longo das sentenças proferidas pela corte colombiana. Tal processo, para Pinto ([S.I] apud CAMPOS, 2019) deu-se em três fases. Na primeira fase, coloca Campos (2019, p. 170), a corte objetivou se colocar como “legitimadora” de direitos e “tutora” de instituições que falharam ao prover esses direitos. Visou-se estabelecer “o sentido jurídico”, bem como concretizar “os fundamentos, os pressupostos e os impactos econômicos do ECI”. É o que Pinto ([S.I], pp. 40-41 apud CAMPOS, 2019, p. 169), que constituiu a linha evolutiva dessa ferramenta com base em seu impacto econômico, denomina como “etapa do iluminismo constitucional” em que a corte se coloca como tutora de políticas públicas a suscitar outros órgãos para que implementem medidas com o fito de superar a realidade inconstitucional. A etapa posterior se pauta em um considerável retrocesso e limitação da abrangência do ECI. Tal etapa é tachada por Pinto ([S.I], p. 83 apud CAMPOS, 2019, p. 171) como “tenebrismo constitucional”, uma espécie de retrocesso no “ativismo judicial” da corte no que tange à decretação do ECI. A terceira e atual etapa é chamada por este autor de “renascimento” em que a corte retoma o ECI como um mecanismo do ativismo judicial. A *Sentencia* T-025 de 2004, declarando o ECI no caso massivo de violações de direitos humanos no

deslocamento forçado de pessoas em virtude da violência extrema que assolava a Colômbia, inaugurou esta terceira fase de “renascimento”. Campos (2019, p. 172), resumindo este processo com base em Pinto, salienta que o ECI é “uma técnica que amadureceu com o tempo.”

Na terceira fase aludida, Campos (2019) e os autores da petição inicial da ADPF 347/DF veem, alicerçados na Sentença T-025 de 2004, quatro pressupostos sob os quais há o reconhecimento do ECI. Eles são os pressupostos que devem ser observados na realidade para que a Corte a declare contrária à Constituição. Nas palavras dos autores da exordial citada, tais pressupostos são:

[...] (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. (STF, 2015a, pp.8-9).

No ano 2015, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ajuizou a já referida ADPF 347/DF, com requisição de medida cautelar, objetivando que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecesse o sistema prisional brasileiro como um estado de coisas inconstitucional. Conforme argumenta Lenza (2019), o conceito de estado de coisas inconstitucional foi empregado pelo ministro Marco Aurélio de Mello no decurso da apreciação dessa ADPF com base na experiência da Corte Constitucional Colombiana. É o caso mais notório, do ponto de vista jurisprudencial, da adoção dessa técnica de ativismo judicial no Brasil. Na inicial da arguição, a parte autora salienta acerca do estado, vigente

no sistema penitenciário brasileiro, totalmente destoante do espírito de nossa Constituição, advogando o cabimento da ADPF. Em suas palavras:

Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição da República do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, no desempenho da sua função maior de guardião da Constituição. (STF, 2015a, p. 15).

Tal ação de controle concentrado de constitucionalidade será ponderada com mais acuidade no tópico posterior.

Contudo, há ainda outros casos posteriores à ação mencionada que abarcam a adoção do ECI pelo próprio STF, desta vez em controle difuso de constitucionalidade, usando, inclusive a ADPF 347/DF como fundamento. (STF, 2018). Em sede de análise de um Habeas Corpus coletivo (HC 0004590-38.2017.1.00.0000 SP), de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, a segunda turma do STF reconheceu a existência do ECI relativo ao quadro massivo e generalizado de violações de direitos fundamentais de mulheres presas cautelarmente. Tais mulheres eram mães de crianças de até doze anos incompletos, grávidas, no pós-parto e cujos filhos estavam em fase de amamentação (violação flagrante do art. 5º, L, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988)) e tinham seus direitos inobservados por órgãos estatais, por falha estrutural, por conta da aplicação “abusiva e irrazoável” de prisões cautelares, vinda claramente de uma “cultura do encarceramento”, e a inércia estatal em prover os cuidados médicos às mães gestantes e no pós-parto delas e, para aquelas já mães, a possibilidade de assistir os filhos. A segunda turma, por maioria, decidiu conceder a ordem e converter as prisões provisórias em domiciliares. (STF, 2018).

Além disso, há o exemplo do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS, 2020), no âmbito de Mandado de Segurança (MS 0273222-46.2019.8.21.7000 RS), que declarou também o estado de coisas inconstitucional em relação à violação sistêmica, contínua e generalizada da garantia constitucional dada aos presos de ter acesso aos seus advogados e de com estes estabelecer comunicação, embora tenha concedido parcialmente a segurança já que se pleiteava a vedação à imposição de dias de visitação pela Administração Pública, o que foi entendido como uma demanda indevida pelo Segundo Grupo Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça gaúcho. Eis a ementa desse acórdão:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. INCOMUNICABILIDADE DOS PRESOS CUSTODIADOS NO CENTRO DE TRIAGEM DESTA CAPITAL. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO DE UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. RESTRIÇÃO E LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL. Direito líquido e certo dos advogados em ter acesso aos seus clientes custodiados.

I. A comunicabilidade do preso com seu advogado é uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal; na Convenção Americana de Direitos Humanos; e no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados, entre outros diplomas legais. Dessa forma, é impositiva a concessão da segurança para assegurar aos advogados o acesso livre e pleno aos seus clientes custodiados no Centro de Triagem localizado nesta Capital. Demonstrado o direito líquido e certo.

II. O estado de coisas inconstitucional presente no sistema prisional brasileiro, com a violação sistemática de direitos de presos, impõe ao Judiciário o papel de assegurar a preservação das garantias constitucionais básicas, como é a da comunicabilidade dos presos. A solicitação de restrição à garantia constitucional pela imposição de dias e horários preestabelecidos não apresentou a devida justificativa para tanto, havendo possibilidade fática e jurídica para que essa garantia seja cumprida sem restrições

III. Os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de serem ilimitados. Nesses termos, impositivo estabelecer horário para que, considerando o atual estado do sistema carcerário, seja garantida a comunicabilidade dos presos com os advogados, sem desprestígio da segurança pública e da segurança dos profissionais que se encontram custodiando os presos, assim como dos próprios advogados. Horário estabelecido para a visitação entre 9h e 11h30min, com intervalo para o almoço dos presos, e reinício às 13h30min com término às 17h, diariamente, inclusive nos finais de semana e feriados. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. (TJ/RS, 2020).

Dessa forma, fica evidente a importação, em um primeiro momento pelo STF, da tese colombiana ao Brasil e de sua implementação como ferramenta de ativismo judicial, visando assegurar a superação de quadros de falha estrutural sistêmica dos órgãos estatais no trato dos direitos fundamentais de um conjunto indeterminado de pessoas. Após a concessão da medida cautelar na ADPF 347/DF de 2015, houve, tanto pela corte como por outros tribunais, a declaração, em controle difuso de constitucionalidade, como ressaltado, do ECI no HC 0004590-38.2017.1.00.0000 SP, pelo Supremo (STF, 2018), e no MS 0273222-46.2019.8.21.7000 RS, pelo TJ/RS (TJ/RS, 2020). Aparentemente, inicia-se a adoção desse instrumental jurisprudencial pelos tribunais brasileiros em relação tanto ao controle concentrado de constitucionalidade, realizado pelo STF, quanto ao difuso, por outros tribunais ou pela própria corte suprema.

4. A ADPF 347/DF e o requerimento de decretação do ECI no sistema carcerário brasileiro

Em 2015, foi ajuizada no STF, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, na modalidade de ação autônoma, a qual requeria a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no

sistema prisional nacional, além, obviamente, de pleitear na corte a adoção de medidas, definitivas e cautelares, para suplantar esse deplorável quadro. Nessa ação de constitucionalidade, cuja relatoria ficou a cargo do ministro Marco Aurélio de Mello (LENZA, 2019), além dos pedidos definitivos, solicitou-se o deferimento de medidas cautelares como, por exemplo, o descontingenciamento dos recursos do “Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN” e vedação de novos contingenciamentos “[...] até que se reconheça a superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro.” (STF, 2015a, p. 70).

Os arguentes construíram a tese segundo a qual há infindáveis violações não só de direitos fundamentais, mas também de princípios norteadores constitucionais, no sistema carcerário nacional oriundas de atos comissivos e omissivos de diversos órgãos estatais do Executivo e do Judiciário. Isso lesaria preceitos fundamentais da Carta Magna os quais são doutrinaria e jurisprudencialmente entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais, abarcando, desse modo, os princípios e direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. (STF, 2018; LENZA, 2019). Para os autores:

[...] a situação calamitosa dos presídios nacionais afronta gravemente não apenas o mais elevado princípio da ordem jurídica brasileira – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF) – como também inúmeros outros direitos fundamentais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º). (STF, 2015a, p. 16).

Como há um déficit acentuado de vagas nas unidades prisionais dos diversos estados brasileiros, a superlotação de presídios, coadunada à banalização do instituto da prisão provisória, implica diretamente um quadro degradante e cruel, pois cria um ambiente demasiadamente insalubre e propício para fricções violentas entre os presos, algo expressamente vedado pela Constituição. Ela também se figura como um óbice para o objetivo basilar da pena que é o de ressocializar o apenado a fim de que ele retorne reeducado para a sociedade. (CALDAS E LASCANE NETO, 2016; LIMA, 2018; STF, 2015a). Dessa forma, “[...] a superlotação e as péssimas condições nas celas e unidades configuram a regra nos presídios brasileiros.” (STF, 2015a, p. 28).

Afim de superar o quadro caótico do sistema carcerário no Brasil, pleiteou-se a adoção, pelo Judiciário, de uma série de medidas as quais visavam fundamentalmente à diminuição do número de presos em custódia provisória. As cautelares solicitadas ao Supremo vão ao encontro desse intuito. Dentre elas, há os pedidos para que o STF declare a necessidade impreterível dos juízes motivarem a opção pela aplicação da prisão preventiva em detrimento de outras medidas alternativas (como a prisão domiciliar), determine que os juízos criminais realizassem, em até 90 dias da data da decisão que concedesse as cautelares na ADPF referendada, a realização de audiências de custódia em até 24 horas depois da prisão, solicitasse aos magistrados que considerassem o quadro deplorável e famigerado do sistema prisional antes de aplicar a preventiva e a pena definitiva, bem como ponderassem acerca da execução desta última, abrandassem os requisitos para o usufruto de benesses previstas na Lei de Execuções Penais (LEP – Lei nº 7210, de 1984), como a progressão de regime e o livramento condicional, e a realização, por parte do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – de mutirão carcerário “de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade” (STF, 2015a, p. 70), relativo ao pedido de

abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benesses da LEP, que relaxariam a privação da liberdade, e abatimento do tempo de prisão provisória da pena definitiva. (STF, 2015a). Desses pleitos, a maioria dos ministros deferiram apenas as medidas cautelatórias referentes à realização das audiências de custódia e ao descontingenciamento de verbas do FUNPEN, pela União. (STF, 2015b; LENZA, 2019; BASTOS e KRELL, 2017).

Vale enfatizar que não houve, até o presente momento, o julgamento de mérito da aludida ADPF. Na verdade, houve a apreciação das medidas cautelares requeridas na exordial pelos arguentes e concessão de apenas duas delas, como realçado. Os pedidos principais não foram objetos de julgamento pela corte. Contudo, pela análise da decisão proferida em caráter liminar, concedendo pleitos cautelares, o plenário considerou que, em virtude do

[...] ‘presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’.’ (LENZA, 2019, pp. 506-507).

A base da ADPF gira em torno do pedido definitivo de decretação do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional nacional o qual é o nuclear dentre todos os pleitos definitivos requeridos nessa ação. Os arguentes dessa ação de controle de constitucionalidade também objetivam que tal estado seja superado, através da adoção de certas medidas pela Corte “tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal”. (STF, 2015a, p. 1). Tais medidas englobam uma clara tentativa de fazer com que os órgãos estatais implementem políticas públicas com o fito de resolver as pendências inconstitucionais generalizadas,

estruturais e sistêmicas lesadoras de direitos fundamentais dos encarcerados. Uma das principais é o pedido para que o STF determine a formulação de um plano nacional, por parte do Governo Federal, no prazo de três meses a contar da concessão dos pedidos definitivos em sede de julgamento de mérito. Esse plano visaria “à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.” (STF, 2015a, p. 71).

Portanto, vê-se que a decretação do ECI no sistema penitenciário pátrio, além de ser o pedido definitivo central da ADPF, embora não tenha sido apreciada em seu mérito plenamente pelo STF, já causou implicações significativas em outros poderes, sobretudo no que diz respeito à concessão do pleito cautelar solicitando o descontingenciamento dos recursos do FUNPEN pela União e vedação de novos contingenciamentos para que os recursos fossem destinados para a melhoria das unidades prisionais. Não obstante, a adoção do ECI na questão carcerária é imperativa uma vez que nossas penitenciárias e centros de detenções provisórias, em sua imensa maioria, são “infernos dantescos” que, aliados à “inércia estatal sistêmica”, propiciam o atentado diário à dignidade humana de seus reclusos.

5. Considerações finais

Ao longo dessa ponderação, explicitamos que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um grande passo na direção de superar o quadro flagrante e generalizado de violações de ditames constitucionais no sistema carcerário nacional. Tal reconhecimento, ainda em caráter cautelar, pelo STF, pode trazer luz à inércia estatal sistêmica que acaba se corporificando em massivas violações de direitos fundamentais.

Essa “ferramenta de controle de constitucionalidade da realidade” criada pela Corte Constitucional Colombiana abre o debate acerca do papel que os tribunais têm na promoção e proteção dos direitos e garantias fundamentais constantes na Carta Magna. Ela é uma forma de ativismo judicial que goza de virtudes e pode, sim, desembocar, se não for usada com a devida parcimônia e de acordo com o que Campos (2019; 2015) chama de “ativismo judicial dialógico”, em supremacia judicial. Ademais, ela continua sendo aprimorada pelas cortes constitucionais, em especial a colombiana, desde o início do processo que lhe deu causa – SU, 559 de 1997. (PEÑA, 2011; CAMPOS, 2019).

Como bem ressalta Peña (2011, p. 26), o ECI é uma espécie de “*protéccion estructural de derechos fundamentales*”. Quando diversos órgãos que compõem o Poder Público falham sistemática e estruturalmente em garantir direitos fundamentais, é sim necessário que o Poder Judiciário, na figura de sua corte suprema, manifeste-se visando corrigir e superar tal falha sistêmica. Nisso, o ECI tem grande relevância. No Brasil, relativo a isso, o reconhecimento do ECI no sistema penitenciário nacional é de extrema preponderância haja vista que há um estado massivo, contínuo, sistemático e generalizado de violação de direitos fundamentais dos encarcerados e encarceradas os quais são em sua imensa maioria afrodescendentes, paupérrimos e com baixa escolaridade (o que ilustra a inépcia e omissão estatal em assistir os mais vulneráveis historicamente).

À guisa de conclusão, vê-se que a ECI é um instrumental jurisprudencial essencial para superação da “*inércia estatal sistêmica*”, para usar as palavras do ministro Marco Aurélio de Mello, e assegurar a observância dos direitos fundamentais pelos órgãos estatais. (CAMPOS, 2019).

Referências

BASTOS, Douglas e Assis e KRELL, Andreas Joachim. O Estado de Coisas Inconstitucional

como ativismo dialógico-estrutural para a concretização de direitos fundamentais: limites para o controle judicial de políticas penitenciárias. In: **Revista Jurídica Direito & Paz**. Lorena: SP, Ano IX, n 37, 2017, pp. 293-308.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: RJ, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: DF, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Brasília: DF, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de setembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília: DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes e LASCANE NETO, Felipe. As condições das penitenciárias no Brasil e o Estado de Coisas Inconstitucional. In: **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Curitiba: PR, v.2, n. 2, jul/dez, 2016, pp.578-600.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional: Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos. In: **Jota**. 04 mai. 2015. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015. Acesso em: 15 out. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematzado**. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Luís Eduardo Bomfim. O estado de coisas inconstitucional no contexto da crise carcerária brasileira. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5771, 20 abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67628>. Acesso em: 15 out. 2020.

PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas**. 2011. 103 f. Dissertação (Maestría en Estudios Políticos) – Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: D.C, 2011.

STF. Petição Inicial. In: **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 347/DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO MELLO, Tribunal Pleno. DJ: 09 set. 2015, 2015a.

_____. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 347/DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO MELLO, Tribunal Pleno. DJ: 09 set. 2015, 2015b.

_____. HABEAS CORPUS: HC 143641 SP 0004590-38.2017.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJ: 09 out. 2018, **JusBrasil**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768118661/habeas-corpus-hc-143641-sp-sao-paulo-0004590-3820171000000?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 out. 2020.

TJ/RS. MANDADO DE SEGURANÇA: MS70083013136 RS. Relator: Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, DJ: 20 jan. 2020, **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886049449/mandado-de-seguranca-criminal-ms-70083013136-rs/inteiro-teor-886049517?ref=serp>. Acesso em: 15 out. 2020.