

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

VITOR HUGO DE OLIVEIRA SAMPAIO DA SILVA

**ADPF 347: O ESTADO DE COISAS  
INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO  
BRASILEIRO**

**Taubaté – SP  
2022**

VITOR HUGO DE OLIVEIRA SAMPAIO DA SILVA

**ADPF 347: O ESTADO DE COISAS  
INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Me. Fernando Gentil  
Gizzi Almeida Pedroso

**Taubaté – SP**

**2022**

Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI  
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi  
Universidade de Taubaté - UNITAU

S586a Silva, Vitor Hugo de Oliveira Sampaio da  
ADPF 347 : o estado de coisas inconstitucional do sistema  
penitenciário brasileiro / Vitor Hugo de Oliveira Sampaio da Silva. --  
2022.  
57f. : il.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento  
de Ciências Jurídicas, 2022.  
Orientação: Prof. Me. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso,  
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Sistema penitenciário - Brasil. 2. Estado de coisas inconstitucional.  
3. Direitos fundamentais. 4. Arguição de descumprimento de preceito  
fundamental - ADPF. I. Universidade de Taubaté. Departamento de  
Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 343.81(81)

VITOR HUGO DE OLIVEIRA SAMPAIO DA SILVA

**ADPF 347: O ESTADO DE COISAS  
INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada para obtenção do  
título de Bacharel em Direito pela Faculdade  
de Direito da Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Me. Fernando Gentil  
Gizzi Almeida Pedroso

Taubaté, .....de 2022

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Fernando Gentil Gizzi Almeida Pedroso – Orientador  
Universidade de Taubaté/SP

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família pela resiliência, companheirismo e suporte, e em especial ao Professor e Doutor Edson Sampaio da Silva: Pai e mestre.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho àqueles que se debruçam com afinco ao estudo deste novel instituto jurídico que tanto desafia a ciência jurídica de hoje, aos encarcerados e marginalizados que sentem na pele as agruras do Estado de Coisas Inconstitucional, e àqueles que de alguma forma ainda se indignam com a massiva e diuturna violação de direitos humanos no Brasil.

“O presídio e os trabalhos forçados não fazem mais do que fomentar o ódio, a sede dos prazeres proibidos e uma terrível leviandade de espírito no presidiário. Estou convencido de que, com o famoso sistema celular, apenas se obtêm fins falsos, enganosos, aparentes. Esse sistema rouba ao homem a sua energia física, excita-lhe a alma, debilita-a, intimida-a, depois apresenta-nos uma múmia moralmente seca, um meio louco, como obra da correção e do arrependimento. Não há dúvida de que o delinquente, ao rebelar-se contra a sociedade, a odeia e quase sempre considera a si mesmo inocente e a ela culpada.” (Dostoiévski, 2014,p.22)

## RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional, construção jurisprudencial da suprema corte colombiana, fora incorporado à jurisdição constitucional Brasileira, por força da decisão cautelar do STF na ADPF 347/DF, ante a constatação de um quadro de massivas e reiteradas violações de direitos humanos nos presídios brasileiros além da incapacidade e da inércia dos demais poderes para a superação deste quadro de insuportável inconstitucionalidade. O presente estudo traça um panorama do Estado de Coisas Inconstitucional, desde suas origens à construção jurisprudencial, efetividade da técnica decisória e viabilidade para superação do atual estado de coisas.

**Palavras-chave:** Sistema Penitenciário Brasileiro; Estado de Coisas Inconstitucional; direitos fundamentais; ADPF 347.

## ABSTRACT

The Unconstitutional state of Things arise from jurisprudential construction of Colombian Supreme Court, and it was incorporated into Brazilian constitutional jurisdiction due to the precautionary decision of the Supreme Court in ADPF 347/DF. The decision of the Supreme Court came due to establishment of, massively and continuously breaches of fundamental rights in the Brazilian prisons, besides the incapacity and omissions arising from other powers in order to overcome this unbearable establishment of unconstitutionality. The present study outlines an overview of the Unconstitutional State of Things, from its origins to jurisprudential construction, effectiveness of the decision-making technique and feasibility to overcome the current state of things.

**Keywords:** Brazilian Prison System; Unconstitutional State of Things; Fundamental rights; ADPF 347.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: UM PANORAMA.....</b>	<b>15</b>
1.1 A ADPF 347: causa de pedir e pedidos .....	18
<b>2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....</b>	<b>21</b>
2.1 APRESENTAÇÃO.....	21
2.2 PROBLEMÁTICA: SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO JUDICIAL .....	26
<b>3. SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>30</b>
3.1 UMA RADIOGRAFIA DO CÁRCERE.....	30
3.2 PRISÕES BRASILEIRAS: ONDE A CONSTITUIÇÃO É LETRA MORTA .....	38
3.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....	43
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO:

A presente pesquisa tem como objeto de estudo o assim chamado “estado de coisas inconstitucional” (ECI), criação jurisprudencial da Suprema Corte Colombiana<sup>1</sup> que foi inserido no ordenamento jurídico pátrio por força da decisão cautelar proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 MC-DF, em setembro de 2015.<sup>2</sup>

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ante as públicas e notórias condições degradantes dos presídios nacionais, bem como a sistemática e reiteradas violações de direitos humanos nestes locais.

O sistema penitenciário brasileiro é uma autêntica “pedra no sapato” do sistema de justiça criminal nacional, não à toa, o ex-ministro da Justiça José Eduardo Cardozo equiparou as prisões brasileiras a “masmorras medievais” e que preferia morrer ao ficar preso<sup>3</sup>, o ministro do STF, Gilmar Mendes em artigo jurídico as definiu como “verdadeiras escolas do crime controladas por facções criminosas”<sup>4</sup>

Nessa esteira, pode-se observar que o substrato jurídico-positivo que fundamenta a causa de pedir da peça inicial da ação constitucional é a constatação empírica das violações a diversos preceitos positivados na Constituição Federal nos cárceres brasileiros, dentre os quais: a) princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), b) proibição da tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), c) vedação as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), imposição do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e acesso à justiça

<sup>1</sup>O termo Estado de Coisas inconstitucional foi utilizado pela primeira vez em 1997 na Sentencia de unificación-SU 559 datado de 06/11/1997, caso em que se constatou um *estado de cosas* contrario a la Constitución Política. Disponível em <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 13 de junho de 2022

<sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal, STF. Arguição de descumprimento de Preceito fundamental – ADPF 347/DF 2015. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>> acesso em 13 de junho de 2022.

<sup>3</sup>Cardozo volta a dizer que presídios brasileiros são ‘masmorras medievais’. ISTOÉ, São Paulo, 05/11/2015. Disponível em <[https://istoe.com.br/440039\\_CARDOZO+VOLTA+A+DIZER+QUE+PRESIDIOS+BRASILEIROS+SAO+M+ASMORRAS+MEDIEVAIS/](https://istoe.com.br/440039_CARDOZO+VOLTA+A+DIZER+QUE+PRESIDIOS+BRASILEIROS+SAO+M+ASMORRAS+MEDIEVAIS/)>. Acesso em 13 de junho de 2022

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Segurança Pública e Justiça Criminal, CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>>. Acesso em 13 de junho de 2022

(art. 5º, XXXV), bem como violações a tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e normas infraconstitucionais.

Além disso, não podemos nos olvidar das violações aos direitos fundamentais sociais positivados no art. 6º da CF, concebidos como direitos prestacionais: saúde, educação, alimentação adequada, trabalho, etc. É nesse ambiente hostil, lúgubre e tortuoso que segundo o mais recente levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)<sup>5</sup> vivem 673.614 pessoas, deste modo, as prisões brasileiras constituem-se, salvo raras exceções, em genuínas tragédias humanitárias, espaços onde a constituição é letra morta, um mero ornamento de papel ineficaz, destituídos de poderes que vinculam a administração pública às suas normas e princípios.

Deste modo, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) atua frente a casos estruturais, em que há afronta massiva e substancial de direitos humanos a um número indeterminado de pessoas, omissões reiteradas dos entes estatais, bloqueios institucionais que obstam a solução dos problemas, os quais implicam em atuação conjunta dos poderes e das instituições públicas.

Em síntese, para que seja declarado o ECI, faz-se necessário haver um insuportável quadro generalizado de violação a direitos fundamentais concomitante a uma omissão sistemática e reiterada dos poderes públicos em sanar tais graves violações, como tal dispositivo é fruto de construção jurisprudencial (vem se aperfeiçoando com a doutrina), cumpre trazer os requisitos para a decretação do estado de coisas inconstitucionais:

(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)

---

<sup>5</sup>BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/segundo-levantamento-do-depen-as-vagas-no-sistema-penitenciario-aumentaram-7-4-enquanto-a-populacao-prisional-permaneceu-estavel-sem-aumentosignificativo#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2020%2F12%2F2021,em%20dezembro%202020%2C%20para%20820.689>>. Acesso em 13 de junho de 2022.

potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados se socorressem individualmente junto ao Poder Judiciário.<sup>6</sup>

Nessa esteira, Clara Inés Vargas Hernandez, ex-ministra da Suprema Corte Colombiana, em trabalho paradigmático sobre o tema disserta que o ECI faz proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e corresponde a um compromisso ético do juiz constitucional, que sai de uma posição de inércia para atuar como um estadista, erigindo-se a agente de transformação, por não permanecer imóvel e indiferente às diversas situações de violações a direitos fundamentais.<sup>7</sup>

O tema do ECI é desafiador, posto abranger diversas temáticas pertinentes ao Direito Constitucional contemporâneo, como: ativismo judicial, judicialização da política, jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade, separação de poderes, efetividade das normas constitucionais.

No presente trabalho desenvolveremos o tema também apresentando as críticas feitas ao (ECI) em âmbito doutrinário, o esmiuçaremos em sua dimensão e desenvolvimento histórico e sua aplicação prática, bem como serão apresentados dados documentais sobre a questão penitenciária nacional, e algumas soluções possíveis para seus problemas estruturais.

Seria o ECI uma afronta a um princípio basilar do Estado de Direito como a separação de poderes? Seria uma evolução para um estágio ainda mais avançado de ativismo judicial? Ou uma técnica decisória capaz de resolver conflitos estruturais? Lançar mão sobre essas indagações constitui-se como objetivo da presente pesquisa.

Por fim, o trabalho forma-se pelas seguintes seções: a) Discorrer sobre a ADPF 347, seu objeto, pedidos e decisões; b) um estudo sobre o instituto do Estado de Coisas inconstitucional, sua formação histórica e desenvolvimento por meio da jurisprudência estrangeira, críticas ao instituto e suas aplicações práticas; c) a questão penitenciária; d) possíveis soluções para os problemas estruturais que afligem o cárcere brasileiro.

---

<sup>6</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas inconstitucional”, 2015. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2015, p. 134-138

<sup>7</sup> Vargas, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"*. *Estudios Constitucionales*, 2003, p.5. ISSN: 0718-0195. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articul>>. Acesso em 13 de junho de 2022.

Seria o ECI uma afronta a um princípio basilar do Estado de Direito como a separação de poderes? Seria uma evolução para um estágio ainda mais avançado de ativismo judicial? Ou uma técnica decisória capaz de resolver conflitos estruturais? Lançar mão sobre essas indagações constitui-se como objetivo da presente pesquisa.

## **1. A Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental: Um panorama**

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, está prevista no art. 102, § 1º da Constituição Federal<sup>8</sup>, embora prevista na CF pelo constituinte originário, só foi regulamentada em 1999 pela Lei 9.882/99, antes de editada lei regulamentadora, o Supremo não conhecia de tais ações, suscitando que a norma que positivava tal instituto jurídico possuía eficácia limitada, dependendo de normação ulterior pelo legislador ordinário para que pudesse surtir seus efeitos na ordem jurídica.<sup>9</sup>

A ADPF abrange a ambivalência própria do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, na medida em que é “ao mesmo tempo uma ação autônoma (art. 1º, caput, da lei 9.882/99), é também mecanismo apto a provocar incidentalmente a

---

<sup>8</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei

<sup>9</sup> Acerca do tema, em 1993, o STF se manifestou no seguinte sentido: “A previsão do parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida a lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a arguição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável a conclusão sobre a pertinência do extraordinário”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 145.860-AgRg. Agravante: Espólio de Jacob Klabin Lafer. Agravado: Espólio de Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1541864>.> Acesso em 28 de junho de 2022

constitucionalidade de leis ou atos normativos difusamente (art. 1º, parágrafo único, I)” (STRECK,2014, p.909).

Posto que tal instituto não encontra precedentes na história constitucional brasileira, alguns doutrinadores como Lenio Streck<sup>10</sup> recorrem ao direito comparado a fim de encontrar paralelos, mais especificamente com o recurso constitucional individual alemão, e o recurso de amparo espanhol.

No entanto, outros doutrinadores como Luís Roberto Barroso afirmam não existir no direito comparado figura similar a ADPF que “vem inserir-se no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado” (BARROSO, 2016, p.322).

A ADPF pode ser utilizada para sanar lesão a preceito fundamental constitucional resultante de ato do poder público, nos termos do conceito positivado no art. 1º da lei 9.882/99:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Desta forma exsurtem dois pontos dignos de nota: i) A definição do alcance do sentido de “preceito fundamental” hábil a ser reparado por este instrumento; ii) a ADPF como importante instrumento de jurisdição constitucional para proteção dos direitos fundamentais.

A disciplina lacônica do texto da lei regulamentadora do instituto pelo legislador ordinário transferiu para o Supremo Tribunal Federal um amplo espaço para construção de sentido pela via jurisprudencial (BARROSO,2016), revelando um autêntico sincronismo entre as fontes do direito (jurisprudencial e positiva) no aperfeiçoamento e conformação deste importante instituto de tutela dos direitos fundamentais.

Muito embora haja dificuldades em definir com precisão o que seria preceito fundamental é unânime na doutrina<sup>11</sup> e na jurisprudência<sup>12</sup> de que existe na constituição

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2014, p.901. Na obra o autor nos leva a diversos doutrinadores do mais alto quilate que comparam a ADPF com os aludidos institutos alienígenas, como José Afonso da Silva, Celso Bastos e Pinto Ferreira

<sup>11</sup> “ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais aos direitos e garantias individuais (art. 5º, entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º., da Constituição: o princípio federativo, a separação dos poderes, o voto direto, universal e secreto”. MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetros de controle e objeto. In: Tavares, André Ramos; Rothenburg, Walter Claudius (org.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei 9.882/1999. São Paulo: Atlas, 2001. P. 128 também: ”Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de

normas que devem ser abrigadas nesta qualificação, a exemplo do conjunto de normas estruturantes do Estado e seus objetivos ( arts. 1º a 4º) as que instituem os direitos fundamentais individuais e sociais (arts. 5º ao 7º), os limites materiais de revisão constitucional (art. 60 § 4º) e os ditos princípios constitucionais sensíveis que ensejam a intervenção federal nos municípios (art. 34, VII).

Ainda, sob o prisma da ADPF como importante instrumento na proteção de direitos fundamentais, há de se ter em vista que o Estado democrático de Direito, erigido sob um novo paradigma de Estado Constitucional no pós- segunda guerra, na qual a dignidade da pessoa humana é alçada a princípio fundamental e fundante do Estado, com a garantia de direitos fundamentais como condição estruturante da organização político-social da sociedade, e por conseguinte, os mecanismos de realização dos direitos fundamentais assumem protagonismo neste contexto:

Entra, aqui, a importância da noção de Estado Democrático de Direito, que, por agregar o conjunto de conquistas da modernidade, nas três dimensões que possuem os direitos fundamentais, constitui, na revolução paradigmática proporcionada pelo novo constitucionalismo, no interior do qual o direito é gerido pelo próprio direito, e onde o Estado deve, na sua organização, respeitar a conformação dos direitos sociais e fundamentais.

**(...) Por isso, preocupado com a realização dos direitos fundamentais, o constituinte de 1988 estabeleceu um conjunto de mecanismos aptos a garantir a efetivação dos direitos, dentro da perspectiva de que a Constituição é texto constituidor da**

---

normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição. Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (...) Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos sensíveis (art. 34, VII)... BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 329

<sup>12</sup>STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Mendes: “ É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados "princípios sensíveis", cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um 'engessamento' da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (Cf. *Otto-Brun Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1982, p. 244*).

**organização da sociedade, protegendo inclusive contra decisões parlamentares de maiorias.** (STRECK, 2014, p. 903) [grifo nosso].

### 1.1 A ADPF 347: causa de pedir e pedidos

*Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas”* (Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172.)

A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, fora ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), e redigida, dentre outros pelo grande constitucionalista Daniel Sarmento da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)<sup>13</sup>, acompanhada de parecer favorável do eminente Professor Juarez Tavares<sup>14</sup>.

As prisões brasileiras constituem-se como estados de exceção, espaços donde a constituição é letra morta, dos muros das prisões para seu interior os direitos não se infiltram, e na prática, os presos não têm direitos.<sup>15</sup>

Deste modo, encontra *sob judice* no STF, ainda pendente de julgamento de mérito toda uma facticidade inconstitucional, um “estado de coisas” contrário aos valores e princípios fundantes da ordem jurídica constitucional, de tratados internacionais<sup>16</sup> e da legislação infraconstitucional, ademais o constituinte originário petrificou o seguinte direito fundamental: Ao preso é assegurado sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e a legislação infraconstitucional redundou para não claudicar:” O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (art. 38 CP).

Imputada esta inconstitucionalidade a um problema estrutural e complexo, resultado de uma série de ações e omissões dos poderes judiciário, legislativo e executivo, o PSOL por meio desta ADPF instou a intervenção da jurisdição constitucional:

<sup>13</sup> ADPF 347, Petição inicial, Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>

<sup>14</sup> Parecer de Juarez Tavares. Disponível em <<https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%C3%A1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf>>

<sup>15</sup> Voto do Ministro Teori Zavascki no R.E.580.252. Disponível em <<https://www.jota.info/recurso-extraordinario-580-252-mato-grosso-sul>>

<sup>16</sup> Os documentos internacionais, entre outros, são: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – Regras de Nelson Mandela (2015).

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. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos (ADPF 347, Petição inicial)

Deste modo, em 09 de setembro de 2015, o Supremo se debruçou sobre as cautelares pleiteadas, e dentre as oito cautelares arroladas pelo PSOL, sete concerniam ao poder Judiciário e uma referia-se ao poder Executivo, das quais:

a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a 71 todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.]

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

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

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos 72 contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Dentre as cautelares arroladas, apenas duas foram deferidas, quais sejam a) a obrigatoriedade de juízes e tribunais realizarem, em até 90 dias, as audiências de custódia, com a condução do preso à autoridade judiciária em até 24 horas, contadas do momento da prisão; b) a liberação, pela União, dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Cumpre ressaltar que o instituto da audiência de custódia estava pendente de regulação no Brasil, e não é fruto da aludida decisão, constando em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil<sup>17</sup>, portanto vigentes na ordem jurídica interna, no entanto, só após o STF ter exarado o *decisium* liminar é que o Conselho Nacional de Justiça

---

<sup>17</sup> Art. 7º, inc 5º PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, internalizado na ordem jurídica pátria pelo DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

(CNJ) editou a resolução nº 213/201518 para regulamentar essas audiências no território nacional.<sup>19</sup>

Todavia, o marco histórico da presente decisão se dá no âmbito da utilização da técnica decisória do Estado de Coisas inconstitucional no STF, bem como a recepção desta idealização jurisprudencial colombiana, demonstrando assim diálogos interconstitucionais latino-americanos, considerando a sua interlocução latino-americana e a ADPF nº 347, a técnica é representativa do transconstitucionalismo e do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (CASTRO, WERMUTH,2021).

Diante das reiteradas e sistêmicas violações de direitos humanos, nas quais os poderes se viram incapazes de dispor de medidas eficazes para fazer sanar este estado de coisas de contínua inconstitucionalidade o Supremo Tribunal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário Brasileiro, instituto este que veremos no capítulo adiante.

## 2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:

### 2.1 APRESENTAÇÃO

Nos países de redemocratização tardia, a exemplo de América Latina, África e Ásia pós-colonial e Leste europeu com o fim da guerra fria e dissolução da URSS adotaram-se constituições com conteúdo ambicioso, com aspirações de transformar a realidade vigente, promovendo a redução das desigualdades sociais e direitos humanos, com amplo rol de direitos econômicos e sociais, no entanto, transcorrido três décadas as aspirações evidenciaram a metáfora do “rights as myths”( PERELMAN e YOUNG,

---

<sup>18</sup> Disponível em <[https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_213\\_15122015\\_22032019145102.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf)>. Acesso em 30 de junho de 2022.

<sup>19</sup> A audiência de custódia consiste no direito do preso de ser apresentado a autoridade judicial competente dentro de 24h, sua previsão legal hoje encontra-se no art. 310 do CPP: Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Destaca-se que a não observância do art. 310 com a não apresentação do preso à autoridade judiciária torna a prisão ilegal, devendo ser relaxada pela autoridade competente, nos termos do § 4º do aludido dispositivo legal: § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva

2010,p.27)<sup>20</sup>,demonstrando que a mera positivação desses direitos não era suficiente para atender aos intentos transformativos.<sup>21</sup>

Após o fim da segunda guerra é engendrado um modelo de Estado umbilicalmente ligado à promoção do bem-estar social e da proteção às minorias e promoção de direitos humanos, com constituições rígidas e programáticas de amplo rol de direitos e garantias fundamentais, inerente a este modelo estatal é o controle de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, ensejando o controle judicial de políticas públicas,posto que na ausência de prestações ou de estrutura administrativa deficiente que obste a fruição dos direitos constitucionalmente postos, é dado ao cidadão se socorrer do poder judiciário para fazer valer a constituição, ou seja, não raro, a realidade fática se aproxima das promessas constitucionais por instrumentos processuais.

Desta forma, “*para o monitoramento eficiente do Estado enquanto concretizador de políticas públicas, consagrou o texto constitucional um Supremo Tribunal Federal ativo e independente, armado com um forte sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.*”(KOZICKI, VAN DER BROOKE, 2018, p.153).

Assim, o Brasil não passou incólume ao fenômeno da judicialização da política, que se consubstancia primordialmente pelo deslocamento do polo de tensão social e das instâncias deliberativas com questões de grande repercussão política, econômica, moral ou social sendo levadas ao Poder Judiciário para análise e deliberação e não aos poderes políticos eleitos.

É neste contexto que se insere o Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolvido pela Suprema Corte Colombiana, tem como pressupostos para sua declaração uma violação sistemática e constante de direitos humanos de um número indeterminado de pessoas, bloqueios institucionais que impedem a superação de um estado de coisas contrário ao ordenamento jurídico, na qual os poderes políticos constituídos se vêem incapazes de dirimir. A letargia e a incapacidade ensejam uma postura ativa do poder judiciário.

A Corte Constitucional Colombiana possui papel destacado no desenvolvimento de uma jurisprudência ativista na América Latina, principalmente no que tange à concretização dos direitos econômicos e sociais, isso se dá primordialmente pelo fato de todo cidadão ser legitimado a propor perante a Suprema Corte, a acción de tutela<sup>22</sup>, para defesa de seus direitos

---

<sup>20</sup>APUD LIMA, Flavia,FRANÇA, Eduarda.*Ativismo dialógico X Bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana.* Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 31, 2019,p. 209-243.

<sup>21</sup>LIMA, Flavia,FRANÇA, Eduarda.*Ativismo dialógico X Bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana.* Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 31, 2019,p. 209-243.

<sup>22</sup>A dita ação está positivada no art. 86 da Constituição Colombiana, *verbis*:

fundamentais constitucionais quando estes estiverem sob ameaça ou sendo lesados por ato omissivo ou comissivo do poder público.

Desta forma, a primeira decisão que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional de determinada situação fática remonta a 1997, com a *sentencia de unificación- SU 55923*, datado de 6 de novembro daquele ano, em que a corte se debruçou sobre um caso envolvendo direitos previdenciários violados de professores municipais, em que o contexto da mora no pagamento constituía um autêntico estado de cosas contrários à Constituição Colombiana, da leitura de dispositivos do acórdão<sup>24</sup> se extrai:

(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.

Ahora bien, si el *estado de cosas* que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo.

## RESUELVE

---

Artículo 86: *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.* COLÔMBIA, Constitución Política de la República de Colombia. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>> . Acesso em 14 de setembro de 2022

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 11 de setembro de 2022.

<sup>24</sup> Idem.

Primero.- **DECLARAR** que el *estado de cosas* que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal *estado de cosas* deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.

Com raiz nos *structural remedies* dos Estados unidos, a técnica decisória do ECI, fora utilizado pela suprema corte colombiana em ocasiões diversas para assuntos diversos, como a questão das precárias condições do sistema penitenciário<sup>25</sup>, em favor dos defensores e militantes pelos direitos humanos<sup>26</sup>, para determinar a convocação de concurso de notários<sup>27</sup> e no dramático caso das pessoas desalojadas em razão da violência no país (caso “los desplazados”, paradigma do uso bem sucedido do ECI, como veremos adiante) (CAMPOS,2015).

Como já mencionado, o dito Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), construção jurisprudencial da suprema corte colombiana, fora incorporado à jurisdição constitucional Brasileira, por força da decisão cautelar do STF na ADPF 347/DF, em 2015.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 347, *leading case* do ECI no STF, fora ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ante as públicas e notórias condições degradantes dos presídios nacionais, bem como a sistemática e reiteradas violações de direitos humanos nestes locais lúgubres e insalubres que mais se assemelham às masmorras medievais do que casa de “reeducandos”

Nessa esteira, o ECI faz proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e corresponde a um compromisso ético do juiz constitucional, que sai de uma posição de inércia para atuar como um estadista, erigindo-se a agente de transformação, por não permanecer imóvel e indiferente às diversas situações de violações a direitos fundamentais (VARGAS, 2003), e para tanto faz-se preciso um comportamento para além do papel judicial tradicional, o que atrai críticas de ordem institucional e de legitimidade democrática(CAMPOS,2015).

Deste modo, a corte se depara frente aquilo que se pode conceituar como “litígios estruturais”<sup>28</sup> em que as cortes constitucionais são instadas a se debruçarem não sobre um ato normativo específico, mas a toda uma facticidade contrária ao texto constitucional. Assim, a

---

<sup>25</sup>Sentencia T-153/1998

<sup>26</sup>Sentencia T-590/1998

<sup>27</sup>Sentencia SU-250/1999

<sup>28</sup> ” Os processos estruturais, portanto, são comumente vistos como um tipo (espécie) de processo coletivo, que visa enfrentar conflitos multipolares e de elevada complexidade, cujo objetivo é promover a guarda dos direitos fundamentais pela via jurisdicional, interferindo no (mau) funcionamento ou na omissão de organizações públicas ou privadas. É necessário, nesse sentido, que as organizações sejam reestruturadas como um todo, a partir da alteração de seus procedimentos internos, sua estrutura burocrática e a mudança comportamental de seus agentes.”(NÓBREGA et al. *PROCESSOS ESTRUTURAIS E DIÁLOGO INSTITUCIONAL: QUAL O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA TRANSFORMAÇÃO DE REALIDADES INCONSTITUCIONAIS?* JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 1 (2022) Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022

técnica decisória consistente na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) atua frente a casos estruturais, em que há afronta massiva e substancial de direitos humanos a um número indeterminado de pessoas, omissões reiteradas dos entes políticos estatais, bloqueios institucionais que obstam a solução dos problemas implicando atuação conjunta dos poderes constituídos e das instituições.

Cumpra-se asseverar que litígios de caráter estrutural não passam ao largo da jurisprudência STF, vide ADPF 760; ADO 60; ADPF 6354; HC coletivo 143641; ACO 312; ADO 60, decisões desta natureza atingem um sem número de pessoas com direitos violados, envolvem soluções complexas, fomentando um papel ativo e por vezes atípico do poder judiciário na superação de um estado de coisas que torna vã as promessas transformadoras da constituição, e faz dos direitos fundamentais mera ornamentação de papel, desprovidos de efetividade.

Nesse sentido é valioso a passagem de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, grande estudioso deste instituto jurídico<sup>29</sup>:

Importante assinalar que, ante o reconhecimento da complexidade da situação, **a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo.** A corte se encontra diante da figura do “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas (grifo nosso)

Litígios desta natureza remontam ao paradigmático caso *Brown vs. Board of Education*, em que a suprema corte dos EUA se debruçou sobre a segregação de alunos negros em escolas públicas, mais que tutelar o bem jurídico individual reclamado, a Corte determinou um conjunto de ações coordenadas, designadas de medidas estruturantes: em verdade, a emanção de uma decisão efetiva, que no caso em tela, fosse de fato admitida uma negra em uma escola pública que era para brancos, sem qualquer possibilidade de segregação (BRITTO, KARNINKE, 2019, p. 273).

Assim, ainda que determinadas funções sejam típicas de um Poder específico, as peculiaridades de determinado caso concreto, como nos casos de declaração de ECI, faz-se necessário uma intervenção circunstancial de um dos outros Poderes em determinada atribuição<sup>30</sup>, caso haja justificção racional, isto é, baseada em fundamentos normativos

<sup>29</sup>CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. CONJUR, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 11 de setembro de 2022.

<sup>30</sup>Nosso ordenamento jurídico-constitucional permite que poderes exerçam funções típicas de outros, não sendo novidade em nossa arquitetura institucional, a exemplo da função tipicamente jurisdicional que o Senado Federal

suficientes, então o Judiciário pode ter até mais legitimidade de tomar determinadas decisões do que o órgão encarregado de exercer aquela função típica. (MENDES,2008)

Ademais, o *propósito preponderante transformador inerente às sentenças estruturais se justifica diante da especial natureza substantiva da reivindicação, qual seja, a sistemática negação de direitos fundamentais a um determinado grupo social (KOZICKI, VAN DER BROOKE, 2018, p.158)*

## 2.2 PROBLEMÁTICA: SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO JUDICIAL

Como exposto no tópico anterior, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) converge para espécie do gênero daquilo que a doutrina conceitua como “litígios estruturais”, implicando uma jurisdição constitucional expansiva e abrangente sobre situações fáticas, demandando um papel ativo das cortes e fomentando amplo diálogo deliberativo entre os poderes com vista à superação de um quadro ostensivo de violação generalizada de direitos humanos.

O paradigma do Estado de Direito que exsurge após a segunda guerra está umbilicalmente ligado à função transformadora que o direito assume, mormente a efetivação e concretização dos direitos fundamentais, estando presente a necessária convivência entre os poderes representativos majoritários e instituições contramajoritárias (STRECK,2014.)

Ao contrário do controle clássico de constitucionalidade incidente sobre normas e sua (in)compatibilidade com a constituição, o ECI é uma modalidade de controle de constitucionalidade incidente sobre uma facticidade atentatória à abstração do texto normativo, constituindo-se como um “*controle de constitucionalidade com fase abstrata e concreta na medida em que, por um lado, fornece o significado constitucionalmente adequado e, por outro lado, analisa o contexto fático e determina a sua compatibilidade ou não com a ordem jurídica vigente*”(PAIXÃO, 2016,p.51, *apud* RÊGO, 2020,p.55).

Mais acentuadamente presente no ECI, nos deparamos com um movimento de expansão da jurisdição constitucional, posto que o controle de constitucionalidade não se dá sobre atos normativos específicos, mas incide sobre uma facticidade atentatória a aos ditames constitucionais, em um contexto em que a ilegalidade sub *judice* não provém de um ato normativo incompatível com a constituição, tampouco pela ausência de substratos legais, mas, justamente, de seu descumprimento.

---

exerce ao julgar nos crimes de responsabilidade o Presidente da República e o Vice-Presidente da República (art. 52, I, CF/88), e da função legiferante que o executivo exerce ao editar medidas provisórias (art. 62 caput CF/88)

Tal movimento de expansão do controle de constitucionalidade para facticidades e temáticas<sup>31</sup> pode ser encontrado na jurisprudência comparada em países com contextos sociais e econômicos muito similares ao nosso, para além da corte Colombiana, a corte Indiana já se debruçou sobre temáticas como a fome e o analfabetismo (Muralidhar; 2008; Shankar y Mehta 2008)<sup>32</sup>, bem como a corte Sul Africana sobre os efeitos deletérios do *Apartheid* (Berger 2008; Liebenberg 2008).<sup>33</sup>

Inerente a tal expansão é uma atitude ativista dos juízes na superação destes quadros de insuportável e persistente inconstitucionalidade, posto haver intervenções judiciais na implementação e execução de políticas públicas, determinação de alocação de recursos, etc, papéis estes típicos da administração e dos poderes executivo e legislativo o que enseja uma recompreensão de teorias estanques da separação de poderes, demandando intenso diálogo institucional entre os poderes, abertura dialógica e amplos espaços deliberativos para a superação de um quadro de insuportável inconstitucionalidade, inconcebível no horizonte de um Estado democrático de Direito.

Nesse espeque, a separação de poderes não deve ser analisada de forma estanque e nem ser apresentada como um conceito teórico arcaico desconectado das alterações paradigmáticas de cunho teórico e institucional- o núcleo central da ideia repousa na limitação do poder “*pouvoir arrête pouvoir*” na clássica lição de Montesquieu. (ABBOUD, 2015,p.704).

Sobre isso, oportuno trazer à baila as observações de Bruce Ackerman em “A nova separação de poderes<sup>34</sup>”:

“A engenharia constitucional, que preside a concepção de poderes, não pode ser pensada como uma máquina com engrenagens fixas que, com o tempo, acabam por se tornar obsoletas. Ao contrário, esse arranjo político está sujeito a revisões periódicas que podem

<sup>31</sup>*Em contrapartida, a atuação da jurisdição constitucional em face de uma determinada temática, se adequadamente calibrada perante o paradigma da autonomia do direito, pode se materializar em uma revolução paradigmática do constitucionalismo contemporâneo. Fazemos essa assertiva porque, apesar de a jurisdição constitucional, ao analisar temas, aumentar sobremaneira seus poderes, trata-se de mudança que poderia proporcionar maior integridade e coerência à funcionalização do STF. Se adequadamente compreendida essa mudança, poderia haver alto ganho qualitativo nas decisões da jurisdição constitucional.”* Georges ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, P. 704.

<sup>32</sup>Citado por: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colección DeJusticia, 2010. Disponível em <[https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_185.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf)> acesso em 05 de setembro de 2022.

<sup>33</sup> idem, idem.

<sup>34</sup>APUD ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 704.

levar a transformações profundas no modo como cada elemento desse sistema se relaciona com os outros e como se estabelecem mecanismos de controle”

A legitimidade do poder judiciário para uma intervenção pontual e circunstancial na formulação, implementação, coordenação e supervisão de políticas públicas, bem como a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade sobre um conjunto fático de violação de direitos fundamentais somado a situações de debilidade institucional já foi objeto de debates no STF, a exemplo da própria ADPF 347; ADPF 635<sup>3536</sup>e ADPF 760, cujo voto da relatora Ministra Cármen Lúcia é enfático:

*A omissão ou ação deficiente ou ineficiente pela adoção de políticas públicas que conduzam a violações a direitos fundamentais assegurados constitucionalmente há de ser sindicalizável pelo Poder Judiciário, como se tem nas situações processuais acima mencionadas. Apontada e comprovada violação massiva e persistente de direitos humanos, cabível é o controle dos atos administrativos – omissivos ou comissivos – pelo Poder Judiciário, sendo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental via processual adequada para o controle de constitucionalidade (ADPF 760, rel. Min. Carmen Lúcia, p. 16 do voto)*

Ainda, cumpre trazer à baila passagem do voto do Ministro Marco Aurélio Melo, na ADPF objeto do presente trabalho:

---

<sup>35</sup>É cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver (i) uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes. 2. A violação generalizada é a consequência da omissão estrutural do cumprimento de deveres constitucionais por parte de todos os poderes e corresponde, no âmbito constitucional, à expressão “grave violação de direitos humanos”, constante do art. 109, § 5º, da CRFB. A utilização da expressão grave violação no âmbito da jurisdição constitucional permite identificar o liame não apenas entre a magnitude da violação, mas também entre suas características, ao se exigir do Tribunal que examine o tema à luz da jurisprudência das organizações internacionais de direitos humanos. STF, Tribunal Pleno, ADPF 635 MC/RJ, rel. min. Edson Fachin, j. 18/8/2020, DJe 2/6/2022. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754168293&prcID=5816502>>. Acesso em 20 de setembro de 2022.

<sup>36</sup>Nessas situações, o foco da questão não é sobre a existência ou delimitação de um direito fundamental, mas sim sobre como concretizar ou garantir minimamente direitos básicos já definidos pelos poderes democráticos a todos os cidadãos, mesmo diante de uma situação de prolongada inércia e omissão do poder público na efetivação dessas garantias básicas a determinados grupos. **Em situações como essa, na qual já há, por vezes, até mesmo a definição de determinada prestação material por parte do poder público, que só não é cumprida em virtude das falhas burocráticas do Estado, não há de se falar sequer em ativismo judicial.** (...) É certo ainda que a intervenção judicial em políticas públicas deve observar alguns parâmetros, conforme já destacado, entre os quais deve-se reiterar: a) a constatação da violação dos direitos fundamentais de um grupo específico de usuários ou destinatários de determinada política ou serviço público; b) a verificação de que essa violação decorre de uma omissão inconstitucional prolongada e insustentável; c) a demonstração da urgência e necessidade de intervenção judicial”. (ADPF 635 MC/RJ, voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754168293&prcID=5816502>>>. Acesso em 20 de setembro de 2022.

*Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada. (ADPF 347 MC/DF)*

A atuação do STF neste caso, portanto, vai além de procurar superar as deficiências na consecução de políticas públicas já existentes, mas sim pretende dar concretude a direitos fundamentais. No caso da questão de fundo da ADPF 347, a injustificável letargia estatal em viabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência aos detentos exige a intervenção do Poder Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurado.

Nesse espeque, a posição que defendemos neste trabalho é a de que o poder Judiciário possui o poder-dever de contribuir de forma significativa com o controle e o aprimoramento das decisões tomadas pelo Executivo, sem violar a separação dos poderes ou o princípio democrático. *Na verdade, uma intervenção fundamentada e dialógica do Judiciário, baseada em direitos fundamentais previstos na Constituição, pode contribuir com o fortalecimento e oxigenação do próprio regime democrático* (THIBAU, 2009, p. 35<sup>37</sup>).

Os óbices relativos à legitimidade democrática e institucional do judiciário em atuar como o condutor dos demais poderes para a superação de determinado estado de coisas são plenamente passíveis de serem superados com diálogos institucionais construtivos alinhado à uma separação deliberativa de poderes em detrimento de uma separação estática. Neste esquema, os diálogos deliberativos atuam como catalisadores e fomentadores de decisões racionais e vantajosas, fazendo com que a legitimidade de uma decisão pública seja dinâmica, fluída e dependente da argumentação empregada para justificá-la. (MENDES, 2011).

Para que se logre êxito na execução e implementação das medidas tomadas pela STF, faz-se mister o engajamento deliberativo do procedimento de monitoramento do cumprimento das ordens judiciais, com a ampla e ativa participação da sociedade civil, por meio das audiências públicas, e diálogo permanente com os órgãos estatais destinatários das decisões.

---

<sup>37</sup> APUD NÓBREGA et al. *PROCESSOS ESTRUTURAIS E DIÁLOGO INSTITUCIONAL: QUAL O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA TRANSFORMAÇÃO DE REALIDADES INCONSTITUCIONAIS?* JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 1 (2022) Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022

### 3. SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

#### 3.1 UMA RADIOGRAFIA DO CÁRCERE

*“Tiraram-nos as roupas, os sapatos, até os cabelos, se falarmos, não nos escutarão - e, se nos escutarem, não nos compreenderão. Roubaram também o nosso nome, e se quisermos mantê-lo, devemos encontrar dentro de nós a força para tanto, para que, além do nome, sobre alguma coisa de nós, do que éramos.”* (LEVI,1988, p.25)

A prisão como nós conhecemos, instituição de segregação de indivíduos, conceituada como *aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para exercício do poder de punir mediante privação de liberdade* (SANTOS, 2014, p. 465)<sup>38</sup> tem em sua gênese a ascensão do modo de produção capitalista, no século XVII:

A relação capital/trabalho assalariado é a chave para compreender a instituição carcerária: expropriados dos meios de produção e expulsos do campo - o violento processo de acumulação primitiva do capital nos séculos 15 e 16 -, os camponeses se concentram nas cidades, onde a insuficiente absorção de mão de obra pela manufatura e a inadaptação à disciplina do trabalho assalariado originam a formação de massas de desocupados urbanos<sup>18</sup>. Essa massa de desocupados forçados, convertida numa população de mendigos, vagabundos, ladrões e outros delinquentes dos centros urbanos - um produto de determinações estruturais interpretado como expressão de atitudes individuais defeituosas. (SANTOS,2014, p.469)

É público e notório que o sistema penitenciário brasileiro é degradante,<sup>39</sup> lúgubre e inabitável e trata como menos que gente a população encarcerada no país, como apontou a CPI do sistema carcerário em 2008<sup>40</sup>: *“Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de*

<sup>38</sup> *“A prisão, aparelho de punição por privação de liberdade característico das sociedades capitalistas, baseia-se no princípio de menor elegibilidade para desestimular comportamentos criminosos: o nível de vida da prisão deve estar abaixo do nível de vida da classe trabalhadora mais inferior da população livre.”* SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014,p.471.

<sup>39</sup> *“tratamento degradante consiste no que humilha a pessoa perante os demais ou que a leva a agir contra a sua vontade ou consciência. Já o tratamento desumano é o tratamento degradante que causa severo sofrimento, mental ou físico, que, na situação particular, é injustificável.”* (PIMENTA, Victor Martins. POR TRÁS DAS GRADES: o encarceramento em massa no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2018. Pág.151).

<sup>40</sup> Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em 24 de setembro de 2022.

*recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas”.*

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. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.<sup>41</sup>

E no que toca às políticas de segurança pública, o país se vê preso em uma doutrina de combate à criminalidade superficial que apenas enxerga parte do problema sem se ater ao todo, enquanto os legisladores e parcela majoritária da população estiverem hipnotizadas pela sedução das soluções fáceis de que bastaria endurecer penas e recrudescer o estado-polícia com policiamento ostensivo para se chegar à uma sociedade livre da criminalidade, estaremos diante de um ciclo vicioso de violência e criminalidade, sempre a “enxugar gelo”, como ensina o sempre brilhante Juarez Cirino dos Santos:

No Brasil e nos países periféricos, a política criminal do Estado não inclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser uma política criminal positiva do Estado existe, de fato, como mera política penal negativa instituída pelo Código Penal e leis complementares: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal.(2014, p. 424)

---

<sup>41</sup>Petição inicial da ADPF 347/DF, p. 2. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>> .

Nossas prisões carregam em suas celas as chagas abertas da sociedade brasileira e trazem à luz a nossa face mais obscura: Violenta, racista, estratificada e desigual<sup>42</sup>. O país padece de uma doença crônica: brutal desigualdade socioeconômica que traz consigo corolários nefastos, como a pobreza generalizada pelos quatro cantos do país, carência de oportunidades para a população, empregos em sua maioria precários e mal remunerados, etc.

O sistema carcerário reflete esse quadro, senão vejamos os dados: em números absolutos a população carcerária brasileira cresceu 8,15% de 2020 para 2021: foi de 758,8 mil para 820,7 mil<sup>43</sup>, sendo que o Estado de São Paulo é o estado com a maior população carcerária do país: 209,4 mil. Em seguida, temos Minas Gerais (70,5 mil), Rio de Janeiro (53,1 mil), Pernambuco (48,4 mil), e Rio Grande do Sul (41,3 mil), para melhor visualização segue tabela com números totais por Unidade Federativa:

---

<sup>42</sup>Cumprir trazer passagem doutrinária da obra clássica da criminologia crítica brasileira: *O Direito - ou a circulação - é intermediário necessário da produção capitalista, no qual nada ocorre, mas pelo qual tudo ocorre: a ideologia jurídica da proteção geral de sujeitos livres e iguais, vigente na esfera do Direito-circulação-mercado, oculta a desigualdade das relações coletivas de produção (relações de classes), a coação das relações econômicas sobre o trabalhador e a exploração do trabalho pela apropriação de mais-valia, como trabalho não remunerado. Essa relação entre aparência (liberdade e igualdade na esfera do Direito-circulação) e realidade (coação e exploração das relações de produção) explica as funções de mistificação (ou de representação ilusória) e de reprodução das relações sociais realizada pela ideologia: a aparência de igualdade e de liberdade do Direito-circulação reproduz a realidade da coação e exploração das relações de produção, que produzem aquela aparência.* "SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 99-100

<sup>43</sup> *População carcerária volta a aumentar, mas déficit de vagas diminui.* Anuário de Segurança Pública. CONJUR, 2022. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>> Acesso em 28 de setembro de 2022.

Brasil e Unidades da Federação	Total de pessoas privadas de liberdade					
	Masculino		Feminino		Total	
	2020	2021	2020	2021	2020	2021
<b>Brasil</b>	<b>721.685</b>	<b>775.253</b>	<b>37.165</b>	<b>45.436</b>	<b>758.850</b>	<b>820.689</b>
Acre	7.393	6.123	538	716	7.931	6.839
Alagoas	9.502	10.029	553	524	10.055	10.553
Amapá	2.640	2.684	112	121	2.752	2.805
Amazonas	12.459	13.956	783	952	13.242	14.908
Bahia	15.282	15.168	470	504	15.752	15.672
Ceará	31.863	34.435	2.232	2.540	34.095	36.975
Distrito Federal	15.474	26.376	729	1.376	16.203	27.752
Espírito Santo	22.339	22.330	1.230	1.158	23.569	23.488
Goias	21.943	24.711	1.062	1.669	23.005	26.380
Maranhão	11.764	12.559	477	547	12.241	13.106
Mato Grosso	15.010	15.994	882	1.172	15.892	17.166
Mato Grosso do Sul	18.123	19.685	1.402	1.512	19.525	21.197
Minas Gerais	60.345	67.412	2.639	3.175	62.984	70.587
Pará	19.357	18.767	1.141	1.074	20.498	19.841
Paraná	11.933	12.013	615	599	12.548	12.612
Paraná	58.915	70.906	2.625	6.553	61.540	77.459
Pernambuco	31.699	45.087	1.379	3.277	33.078	48.364
Piauí	4.492	5.844	166	263	4.658	6.107
Rio de Janeiro	46.577	51.089	2.333	2.067	48.910	53.156
Rio Grande do Norte	10.086	10.787	733	667	10.819	11.454
Rio Grande do Sul	37.058	39.123	1.843	2.190	38.901	41.313
Rondônia	12.366	12.109	839	831	13.205	12.940
Roraima	3.499	3.745	341	363	3.840	4.108
Santa Catarina	22.233	24.083	1.253	1.368	23.486	25.451
São Paulo	209.844	199.829	10.276	9.573	220.120	209.402
Sergipe	5.427	6.391	266	458	5.693	6.849
Tocantins	4.062	4.018	246	187	4.308	4.205

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

(...) Informação não disponível

(-) Fenômeno inexistente.

(!) Os dados correspondem ao período de janeiro a junho de 2020 e 2021 e foram baixados do site do Sisdepen no dia 29/03/2022. O relatório correspondente ao período junho a dezembro de 2021 não foi divulgado pelo SISDEPEN a tempo de incluir os dados nesta publicação.

Ainda, de acordo com os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública<sup>44</sup>, 28,5% da população carcerária era composta por detentos provisórios (233,8 mil) em 2021. As pessoas condenadas no sistema prisional totalizavam 586,9 mil.<sup>45</sup>

Mas o mais sintomático da seletividade penal perversa do sistema punitivo pátrio são os dados relativos ao perfil dos encarcerados, 77,5% são negros (636.194 mil), sem ensino fundamental completo e presos por crimes patrimoniais e tráfico de drogas<sup>46</sup>.

“O perfil dos presos no país, cujo racismo estrutural faz com que sejam em sua maioria negros e pobres isso sempre precisa ser dito é composto na quase integralidade por quem não concluiu o ensino fundamental ou médio. Muitos não desenvolveram habilidades para o trabalho e chegaram à maioria desprovidos da presença das instituições.

<sup>44</sup>Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em 28 de setembro de 2022.

<sup>45</sup>Idem.

<sup>46</sup>Idem.

Não se ressocializa quem nunca teve oportunidades para crescer e viver como cidadão, sujeito de direitos e deveres, com inclusão social e econômica, em solidariedade.”<sup>47</sup>

Nesse sentido vale conferir as tabelas abaixo:

Ano	Total presos com informações sobre cor/raça	Total de pessoas encarceradas	Razão entre total presos com cor/raça informado e total de pessoas encarceradas (em %)
2005	152.140	361.402	43,5
2006	239.076	401.236	59,6
2007	344.104	422.373	81,5
2008	382.527	451.429	84,7
2009	407.153	473.626	86,0
2010	422.771	496.251	85,2
2011	454.156	514.582	88,3
2012	485.619	548.003	88,6
2013	498.897	581.507	85,8
2014	506.906	622.202	81,5
2015	456.328	698.638	65,3
2016	535.744	722.120	74,2
2017	575.332	722.796	79,6
2018	605.184	744.296	81,3
2019	657.844	755.274	87,1
2020	599.932	759.538	79,0
2021	636.194	820.689	77,5
Variação (entre 2005-2021) - em %	-	-	-



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN; Instituto Estatístico – Análises do Sistema Prisional Brasileiro; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

(1) Foram consideradas pessoas encarceradas no Sistema Penitenciário Federal.

(2) Considera os valores informados para presos de cor preta e parda, de acordo com a classificação do IBGE.

<sup>47</sup> Execução Penal n. 5035476-56.2020.8.24.0038, 3ª Vara Criminal Comarca de Joinville/SC. Decisão exarada pelo Juiz João Marcos Buch. Disponível em <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/8/13272C95AA42E9\\_penaemdobro.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/8/13272C95AA42E9_penaemdobro.pdf)>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

## 2.6 TIPO PENAL

### 2.6.1 TIPOS PENAIS MAIS RECORRENTES IMPUTADOS ÀS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

Como já afirmado nas notas metodológicas, apenas uma parcela das pessoas privadas de liberdade responde a processo de conhecimento ou de execução em que se lhe imputa um único tipo penal, havendo diversas pessoas privadas de liberdade com múltiplas imputações. Desse modo, a distribuição percentual dos tipos penais apresentadas se dá entre o conjunto total de imputações registrados nos documentos relativos a todas as pessoas privadas de liberdade cadastradas no sistema. Neste sentido, a distribuição dos tipos penais mais recorrentes se dá em conformidade com a seguinte tabela:

**Tabela 11. Tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade**

Tipificação Penal*	Percentual
Roubo	27,58
Tráfico de drogas	24,74
Homicídio	11,27
Furto	8,63
Posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal	4,88
Estupro	3,34
Receptação	2,31
Estatuto da Criança e do Adolescente	2,11
Crimes contra a fé pública	1,46
Crimes contra adm. pública	1,46
Associação criminosa	1,38
Lei Maria da Penha	0,96
Ameaça	0,95
Lesão corporal	0,87
Organização Criminosa	0,79
Latrocínio	0,78
Código Nacional de Trânsito	0,75

### 2.8.5 ESCOLARIDADE

No que tange ao acesso à educação formal pelas pessoas privadas de liberdade no país, dispomos do seguinte quadro:<sup>9</sup>

**Gráfico 14. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil**



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

A seletividade penal perversa que pune exacerbadamente negros e pobres, está umbilicalmente ligada às raízes do Brasil: Escravocrata, de passado colonial e marcado pela violência e pelo racismo estrutural e institucional, sobre o assunto, valioso as lições do Professor Sílvio de Almeida, em sua obra “Racismo estrutural<sup>48</sup>”:

**No caso do racismo institucional, o domínio se dá com o estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça, que servem para manter a hegemonia do grupo racial no poder.** Isso faz com que a cultura, os padrões estéticos e as práticas de poder de um determinado grupo tornem-se o horizonte civilizatório do conjunto da

<sup>48</sup>Cumprer trazer o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na RCL 55948 MC/PR, em que o Ministro invoca como razões de decidir o racismo estrutural subjacente à cassação do mandato do então vereador de Curitiba Renato de Freitas, determinando suspensão da resolução ilegal da câmara municipal de Curitiba:

*Ao se analisar a adequação do rito aplicado ao processo de perda de mandato de vereador ao disposto no Decreto-Lei nº 201/1967, não se pode abstrair o contexto subjacente ao caso. Afinal, o racismo no Brasil é estrutural[4]. Conforme explica o Professor Sílvio de Almeida, isso significa que, mais do que um problema individual ou um fator institucional, o racismo “é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade”[5]. Ligado ao colonialismo e à escravização em sua origem, o racismo criou raízes profundas na sociedade brasileira e continua evidente não só em situações de discriminação direta ou intencional[6], mas também na desigualdade de oportunidades e na disparidade de tratamento da população negra[7].* Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl55948DecisoMLRB.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

sociedade. Assim, o domínio de homens brancos em instituições públicas – o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades etc. – e instituições privadas – por exemplo, diretoria de empresas – depende, em primeiro lugar, da existência de regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão de negros e/ou mulheres, e, em segundo lugar, da inexistência de espaços em que se discuta a desigualdade racial e de gênero, naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens branco.

(...)

Desse modo, se é possível falar de um racismo institucional, significa que a imposição de regras e padrões racistas por parte da instituição é de alguma maneira vinculada à ordem social que ela visa resguardar. Assim como a instituição tem sua atuação condicionada a uma estrutura social previamente existente – com todos os conflitos que lhe são inerentes –, o racismo que essa instituição venha a expressar é também parte dessa mesma estrutura. **As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos. Dito de modo mais direto: as instituições são racistas porque a sociedade é racista.** (ALMEIDA, 2019, p. 28) (grifos nossos).

### 3.2 PRISÕES BRASILEIRAS: ONDE A CONSTITUIÇÃO É LETRA MORTA

*Vi ontem um bicho*

*Na imundície do pátio. Catando comida entre os detritos.*

*Quando achava alguma coisa, Não examinava nem cheirava: Engolia com voracidade.*

*O bicho não era um cão, Não era um gato, Não era um rato.*

*O bicho, meu Deus, era um homem.* (O bicho, Manuel Bandeira)

As prisões brasileiras são, salvo raríssimas exceções uma máquina de violações de direitos fundamentais, a situação calamitosa dos presídios nacionais afronta de maneira frontal nãoapenas a pedra angular da ordem jurídica pátria, o princípio da dignidade da

pessoa humana (art. 1º, III CF), como também uma série de outros direitos fundamentais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a vedação a 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).

Ademais, no plano infraconstitucional, o Código Penal é taxativo: *O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral* (art. 38 CP).

O cárcere é o nosso El Dourado social. Muito idealizado, motivo de debates enviesados, atíca a imaginação da sociedade, mas poucos se importam com as reais e lacerantes agruras ocorridas ali dentro. Diferente da mitológica cidade, que seria coberta de ouro, a única riqueza das prisões é de desumanidade. A realidade vivida dentro de muitas prisões no Brasil passa a léguas de distância do que fundamenta a nossa República: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988).

É para dentro da prisão que o Brasil joga, e aqui este verbo assume um tom literal, não somente sujeitos ativos de crimes, mas também problemas sociais. Tornando o cárcere a cratera onde amontoamos desumanamente os presos, a superlotação se tornou um problema endêmico do sistema prisional brasileiro. Neste cenário, a função preventiva especial positiva da pena, ou seja, a ressocialização, se tornou uma falácia, quando não se distorce o sentido desse termo contra o próprio custodiado (VALOIS, 2020)<sup>49</sup>.

Veremos que há um abismo entre o mundo normativo e o mundo da vida. As reiteradas e sistemáticas violações de direitos fundamentais, somadas à letargia dos poderes públicos na superação desse quadro são pressupostos para a declaração do ECI, como mencionado no capítulo anterior.

Para além dos problemas estruturais e de vontade política para sua superação, há um male perene, do qual decorre muitos dos outros, conforme explicou o ministro Marco Aurélio

---

<sup>49</sup> ANDRADE, Jaqueline dos Santos, ESPÍNDULA, Vitor Santos. *NUMERUS CLAUSUS NA EXECUÇÃO PENAL: números da desumanização do cárcere*. Empório do Direito, 2021. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/numerus-clausus-na-execucao-penal-numeros-da-desumanizacao-do-carcere>>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

<https://emporiiododireito.com.br/perfil/jaqueline-dos-santos-espindula>

Mello em seu voto ADPF 347/MC<sup>50</sup>, *a origem de todos os males do sistema penitenciário brasileiro: A superlotação carcerária.*

Atualmente, estima-se haver um déficit de 241,6 mil vagas no Brasil, porém se considerarmos os presos em regime aberto e os que estão em carceragens de delegacias da Polícia Civil o número pode chegar a quase 750 mil no país.<sup>51</sup>

*Celas lotadas, escuras, sujas e pouco ventiladas. Racionamento de água. Comida azeda e em pequena quantidade. Infestação de ratos, percevejos e baratas. Dificuldade para atendimento médico. Presos com Covid-19 dividindo espaço com presos sem sintomas e sem a doença. Esse é o retrato do sistema penitenciário brasileiro em meio à pandemia do novo coronavírus.*<sup>52</sup>

A questão da superlotação carcerária foi debatida na peça vestibular da ADPF 347, encarada como *o mais grave problema do sistema prisional.* Posto que *a ocupação dos presídios para muito além das suas capacidades máximas inviabiliza completamente a garantia das condições mínimas de higiene, saúde, segurança, privacidade e conforto para os presos.*<sup>53</sup>

Sobre isso, importante destacar que o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos vai nessa mesma esteira:

**“A superlotação (...) gera fricções entre os reclusos e incrementa os níveis de violência dos cárceres;** dificulta que os presos disponham de um mínimo de privacidade; reduz os espaços de acesso aos chuveiros, banheiros, pátio etc; facilita a propagação de enfermidades; cria um ambiente em que as condições de salubridade, sanitárias e de higiene são deploráveis; e impede o acesso às –geralmente escassas – oportunidades de estudo e trabalho, **constituindo uma**

<sup>50</sup>Em referência ao relatório final da CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário, 2009 (Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário.* — Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 247. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

<sup>51</sup>CAESAR, et al. *População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia.* *G1 GLOBO*, 202. Disponível em <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

<sup>51</sup> ADPF 347, Petição Inicial, p. 27. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

<sup>52</sup>Idem, idem.

<sup>53</sup>Idem.

**verdadeira barreira para o cumprimento dos fins da pena privativa de liberdade”.**<sup>54</sup>(grifo nosso)

De mesmo modo, no julgamento do RE 580.252/MS o ministro Luís Roberto Barroso assentou que a priorização de soluções que *atuem diretamente sobre as causas do problema prisional*, dentre as quais a *superlotação seria o problema mais imediato a ser enfrentado*.<sup>55</sup> Caminhando para a conclusão da exposição das mazelas causadas pela superlotação dos presídios, a CPI do sistema penitenciário concluiu:

**“Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana.** A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas (...) **Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres.** E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade.” (grifos nossos).<sup>56</sup>

Ademais, muito embora os direitos políticos apenas sejam passíveis de suspensão por condenação criminal transitada em julgado, ou por condenação em improbidade

<sup>54</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 175 Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

<sup>55</sup> RE 580.252/MS, Rel. ministro Alexandre de Moraes, j. 16/02/2017, p. 62: EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E DISCUTIDA PELO ÓRGÃO COLEGIADO – RECURSO PROVIDO. O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato omissivo, tenha causado dano à particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo. Demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal (presídio) não foram sanados, após o decurso de um lapso temporal quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do Estado (culpa administrativa). Não sendo assegurado o mínimo existencial, não há falar em aplicação da teoria da reserva do possível. Recurso provido. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

<sup>56</sup>Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009. p. 244. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

administrativa (art.15, III, V CF/88), ainda é um desafio para a justiça eleitoral assegurar aos presos provisórios o direito ao voto e de escolher seus representantes, em estimativa, apenas 20 mil presos provisórios e adolescentes que cumprem medidas socioeducativas foram às urnas no primeiro turno de 2022<sup>57</sup>. O direito fundamental ao voto é cerceado para parcela dessa população, sendo que apenas em 2021 o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) regulamentou a instalação de urnas em presídios e unidades de internação<sup>58</sup>.

Como corolário, os presos provisórios pouco se fazem ouvir nos espaços de poder institucionais, não possuem poder de eleger representantes cujas propostas possam ser beneficiários direta ou indiretamente.

Dado o trágico panorama exposto, forçoso reconhecer que o preso ao constituir estadia na “casa dos mortos” (DOSTOIÉVSKI), ambiente predominantemente violento e insalubre termina por sofrer penas que a nossa ordem jurídica repudia, máxime a tortura, penas cruéis e o tratamento degradante. Aliás, constitui em cláusula pétreia (que constituem a identidade do ordenamento jurídico): Ao preso é assegurado o respeito à sua integridade física e moral (art. 5º XLIX).

---

<sup>57</sup>*Voto de presos provisórios diversifica perfil do eleitor brasileiro. BRASIL*, Câmara dos deputados. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/143233-voto-de-presos-provisorios-diversifica-perfil-do-eleitor-brasileiro/>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

<sup>58</sup>RESOLUÇÃO Nº 23.669, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2021

Seção

III

Do Voto das Presas e dos Presos Provisórios(as) e das Adolescentes e dos Adolescentes em Unidades de Internação

Art. 39. As juízas e os juízes eleitorais, sob a coordenação dos TREs, deverão disponibilizar seções em estabelecimentos penais e em unidades de internação tratadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a fim de que as presas e os presos provisórios(as), e os(as) adolescentes custodiados(as) em unidades de internação tenham assegurado o direito constitucional ao voto (Res.-TSE nº 23.659/2021, art. 12) .

Parágrafo único. Para efeito desta Resolução, consideram-se:

I - Presas ou presos provisórios (as): as pessoas recolhidas em estabelecimentos penais sem condenação criminal transitada em julgado;

II - Adolescentes custodiados (as) em ambiente de internação: os (as) maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos submetidos (as) a medida socioeducativa de internação ou a internação provisória, nos termos da 1990, que dispõe sobre o ECA;

III - estabelecimentos penais: todas as instalações e os estabelecimentos onde haja presas e presos provisórios(as); e

IV - unidades de internação: todas as instalações e unidades onde haja adolescentes custodiados(as) em ambiente de internação.

Decorre daí violação ao princípio fundante da moderna concepção de Estado de Direito e da limitação do poder punitivo estatal: O princípio da legalidade, vez que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º XXXIX CF/88, art. 1º CP)

Jogado à sorte de todo tipo de violência e humilhação a prisão não seria de todo exagero afirmar que *toda prisão no Brasil é ilegal. Porque se a prisão que está na lei não existe, a que aplicamos na realidade é ilegal.*(VALOIS, 2013,apud VALOIS 2021,p.16)<sup>59</sup>

A finalidade das penas não é *atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido* (BECCARIA,2015,P.52)<sup>60</sup>

### 3.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Uma possível solução eficiente para alcançarmos o cerne da raiz dos males do sistema e conseqüentemente reduzirmos a superlotação seria a adoção do método do *numerus clausus*, oriundo da doutrina francesa, consiste *in abstracto* de raciocínio lógico e de simples execução, mas que na prática encontra percalços estruturais. Básica e essencialmente consiste na obrigatoriedade de que o número de presos em determinado estabelecimento penal atenda ao número exato (fechado) de vagas disponíveis, vedando qualquer excesso.

O *numerus clausus* consiste também em uma lógica de ordem física, constantemente desafiada pelo sistema penitenciário, de que no mesmo espaço não cabem dois corpos simultaneamente (VALOIS,2021).

Desta forma, nos deparamos com diversas formas de importarmos tal método para a realidade nacional e concretizá-lo:

- 1) preventivo, com a "*vedação de novos ingressos no sistema, com a consequente transformação do encarceramento em prisão domiciliar*"; 2) direto, visando "*indulto ou prisão*

<sup>59</sup>"Por isso que o juiz e o promotor rigorosos fazem de tudo para não visitar uma penitenciária, pois ficando só com a lei, ficam com o mundo de ilusões da ordem, que chamam de ordem jurídica,mas que, na realidade, de ordem não tem nada, e de jurídica só as elucubrações encarceradoras de cada um"(VALOIS, Luis Carlos. Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional. 2 ed. São Paulo: D'Plácido,2021, p.16)

<sup>60</sup> Apud ANDRADE, Jaqueline dos Santos, ESPÍNDULA, Vitor Santos. *NUMERUS CLAUSUS NA EXECUÇÃO PENAL: números da desumanização do cárcere*. Empório do Direito, 2021. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/numerus-clausus-na-execucao-penal-numeros-da-desumanizacao-do-carcere>>.

*domiciliar àqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade", sendo possível "a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito, por analogia ao disposto no artigo 180 da LEP"; e 3) progressivo, com um "sistema de transferências em cascata (em cadeia), com a ida de um preso do regime fechado para o semiaberto, de outro do regime semiaberto para o aberto (ou prisão domiciliar) e, por fim, de alguém que esteja em uma dessas modalidades para o livramento condicional (uma espécie de 'livramento condicional especial')<sup>61</sup>*

O STF já se utilizou do critério com a finalidade de se evitar o encarceramento em condições contrárias à legislação, no que toca à vedação de manutenção de condenado em regime penal mais gravoso quando da falta de estabelecimento penal adequado:

**A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.** 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. **Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.** Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. 5. Apelo ao legislador. **A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável.** Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente

<sup>61</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 65-68.

para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. (grifos nossos) (RE 641.320 RIO GRANDE DO SUL, RELATOR: MIN. GILMAR MENDES)<sup>62</sup>

O judiciário tem atuado de forma singular com medidas jurisdicionais e até atípicas, como coordenando e atuando na implementação de políticas públicas com visa a superação do quadro descrito, no entanto, imprescindível a atuação conjunta dos demais poderes e da sociedade civil para superarmos este quadro dramático.

Porém, uma atuação efusiva dos poderes políticos na área carcerária esbarra principalmente em questões empíricas, o custo político-eleitoral é um fardo demasiado pesado para o político carregar, ainda mais em uma sociedade como a nossa, profundamente conservadora e de baixa escolaridade. Para um melhor panorama da situação, vale a observação do ex-ministro da justiça José Eduardo Cardozo em sustentação oral no histórico julgamento conjunto das ADC's 43,44 e 54:

*“E se dirá: construam mais prisões! Eu tentei como ministro! Ninguém quer um presídio para chamar de seu, ninguém quer! Ninguém quer um presídio na sua cidade, os governadores não querem! É um desgaste político, não tem jeito!”<sup>63</sup>*

Para além da reforma da legislação de execução penal voltada a impedir o quadro de superlotação nos presídios com a adoção do *numerus clausus*, há outras soluções que já perfilham a jurisprudência de cortes internacionais de direitos humanos e dos tribunais brasileiros.

---

<sup>62</sup> Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 03 de Outubro de 2022.

<sup>63</sup> Grupo Prerrogativas, José Eduardo Cardozo: sustentação oral no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 no STF. YOUTUBE. 18 de outubro de 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=tEWi21Gn0PQ&t=320s>>. Acesso em 07 de outubro de 2022.

A exemplo da remição da pena pelas condições degradantes e inconstitucionais dos estabelecimentos penais, que culminou na resolução da Corte IDH de 22/11/2018, em que dispõe em seu item 4:

4. O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, **se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas**, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução.

Neste caso houve a determinação da Corte Interamericana de direitos humanos para que houvesse a contagem em dobro cada dia de privação de liberdade dos detentos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC/RJ).<sup>64</sup>

Com fulcro nesta resolução o STJ concedeu a ordem em *habeas corpus* para que houvesse o cômputo em dobro da pena em favor de paciente preso no aludido estabelecimento preso:

---

<sup>64</sup> Vale trazer à baila que a Lei de Execução Penal (lei 7.210/84) traça diretrizes sobre como deveria ser estruturado o ambiente prisional no país:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

De fato, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pusesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

Nesse ponto, vale asseverar que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

(...)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para que se efetue o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019. (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136961 RJ (2020/0284469-3) RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA)

O fundamento jurídico para a concessão da ordem, não se limita ao argumento de mero acatamento da resolução da CIDH por seu efeito vinculante, neste caso a fundamentação jurídica perpassa pela extensão do princípio da fraternidade na execução penal. No julgamento pelo órgão colegiado na 5ª turma do STJ, o ministro ponderou que o voto *"consagra um princípio já agasalhado na Constituição Federal [o Princípio da Fraternidade], em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"*.<sup>65</sup>

Decisões com este teor possuem função precipuamente reparatória ao custodiado, cumpre destacar que entre o Estado e o custodiado há uma relação que muito difere da relação Estado x cidadão comum, posto que o custodiado é integralmente dependente do Estado, até mesmo para suas necessidades vitais como alimentação, higiene e vestuário. Ainda há uma

---

<sup>65</sup>*Pena cumprida em situação degradante deve ser contada em dobro, diz STJ. CONJUR, 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/pena-cumprida-situacao-degradante-contada-dobro>>. Acesso em 05 de outubro de 2022*

relação de assujeitamento e dominação em que o exercício do poder estatal mostra sua face obscura e impiedosa.

A remição da pena para os encarcerados em situações humilhantes e degradantes não se restringe e nem deveria se restringir ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC/RJ), não à toa, podemos ver decisões com este teor e finalidade sendo exaradas pelo país, a exemplo de decisão de profunda humanidade e saber criminológico exarada no bojo da Execução Penal n. 5035476-56.2020.8.24.0038, oriunda da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC:

Dito isso, é evidente que na realidade concreta do Brasil de 2021, a lei tem sido ignorada, assim como a Constituição e os tratados e pactos internacionais sobre direitos humanos.

**Nuncase oportunizou trabalho e estudo aos presos, ressalvadas raras exceções aqui e acolá, assim como a pena nunca teve função ressocializadora, mantendo somente as funções intimidadora e neutralizante, como projeto político de controle dos indesejáveis (...)**

De uma maneira ou outra, quem está preso, sem um colchão para dormir ou um sabonete para tomar banho, sem um remédio para aplacar uma dor de dente, precisa de respostas e ações imediatas, pois sua condição é de violação da dignidade da pessoa humana, a partir de submissão a tratamento desumano.

(...)

Com base em todos os fundamentos supra elencados, não se tratando de pena decorrente de condenação por crime contra a vida ou a integridade física, tampouco contra a dignidade sexual, diante do local degradante do recolhimento, ordeno que

se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Presídio Regional de Joinville/SC pelo apenado\_, nos autos do PEC n. 5035476-56.2020.8.24.0038 (grifo nosso)<sup>66</sup>

Decisões deste teor vão na direção da compensação penal defendida aqui como essencial para mitigar e reparar danos aos custodiados. Para além disso mostra-se fundamental no combate ao superencarceramento, e muito embora estejamos tratando de medidas paliativas, o desafogamento do sistema penitenciário deve ser prioridade enquanto medidas de caráter estrutural não são tomadas:

<sup>66</sup> Disponível em <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/8/13272C95AA42E9\\_penaemdobro.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/8/13272C95AA42E9_penaemdobro.pdf)>. Acesso em 05 de outubro de 2022

Longe de ser uma proposta marginal, a compensação penal é um mecanismo já incorporado por diversos países, entre eles Canadá, Estados Unidos e Itália. No caso do Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Estado brasileiro compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC/RJ) e no Complexo do Curado (PE) e a necessidade de os tribunais observarem o disposto na Súmula Vinculante nº 56 do STF, com precedente recente inaugurado no STJ.<sup>67</sup>

O Conselho Nacional de Justiça lançou o seguinte informe datado de junho de 2021: “O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois - Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347”, apontando a compensação penal como caminho possível para o enfrentamento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário:

O estado de coisas inconstitucional do sistema prisional evidencia uma complexa gama de violações a direitos humanos aptas a ensejar a responsabilidade do Estado (interna e internacional).

**Por isso, também dá ensejo a um dever de reparação integral, a ser desenhado e implementado por meio de políticas públicas coletivas, voltadas a remediar a situação vivida pelas vítimas.** Pode abranger não apenas o dever de indenizar, como também a reabilitação das vítimas (por exemplo, acesso a tratamento médico ou psicológico às vítimas de tortura), a satisfação (dever de investigar abusos praticados por autoridades em ambiente prisional), **a restituição (como por exemplo, a obtenção de um benefício na execução da pena por meio de medidas de aceleração, como o computo em dobro do prazo de cumprimento em razão da submissão a ambiente degradante) e garantias de não repetição (como capacitação dos profissionais do sistema de justiça criminal, realização de atos públicos reconhecendo a situação, entre outros)**(grifo nosso).

Desta forma, entende-se que o instituto da compensação penal é plenamente compatível com a execução penal brasileira.

Para além disso, institutos podem colaborar para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário na prevenção, ou seja, evitando o encarceramento e dando efetividade ao recolhimento prisional como excepcionalidade.

---

<sup>67</sup> Item 5.4 do informe “O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois - Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, p.58. DISPONÍVEL EM <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio\\_ECI\\_1406.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf)>. Acesso em 05 de outubro de 2022

A exemplo da transação penal<sup>68</sup> e o *sursis* processual<sup>69</sup> que ingressaram no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos

<sup>68</sup>Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

<sup>69</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Juizados Especiais e do Acordo de não persecução penal, que adentrou o ordenamento com a lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019<sup>70</sup>.

---

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos

<sup>70</sup> Este incluído no Código de Processo Penal (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.):

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto

---

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Tais institutos promovem a justiça penal negociada, modelo pautado pela aceitação da acusação e da defesa a um acordo de colaboração processual que antecipa a imposição de uma sanção penal com algum grau de redução, como benefício ao réu (VASCONCELLOS, 2015).<sup>71</sup>

A justiça penal negocial tende a agilizar o procedimento penal e ser eficaz em seus desígnios, mormente buscar a reparação pelo ilícito causado pelo agente e evitar que mais pessoas sejam atiradas ao cárcere.

## CONCLUSÃO

Passados sete anos desde a declaração do estado de coisas inconstitucional pela Suprema corte, ainda não se é possível vislumbrarmos grandes alterações nas estruturas do sistema carcerário. No entanto decisões estruturais como as tomadas na ADPF 347 trazem consigo efeitos indiretos decisivos e essenciais, a exemplo da legitimação da narrativa dos requerentes pela decisão favorável ao reconhecimento do ECI, a emergência do assunto na opinião pública.

O ECI vem na esteira de uma expansão do objeto do controle de constitucionalidade, que passa a incidir sobre uma realidade fática e sobre temáticas. Nesse sentido O STF vem assentando sólida jurisprudência no sentido de que a ADPF é o meio processual hábil a instrumentalizar litígios estruturais, vide ADPF 760<sup>72</sup> e ADPF 635:

1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao admitir diversas medidas de natureza cautelar, instrumentaliza a

<sup>71</sup> APUD MENDES, José Ney de Siqueira, NÓVOA Victor Siqueira Mendes de. *Novas regras deveriam se adaptar ao jogo, ou o jogo se adaptar às novas regras?..* CONJUR, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-28/mendese-novoa-anpp-justica-penal-negocial>. Acesso em 05 de outubro de 2022.

<sup>72</sup> “A omissão ou ação deficiente ou ineficiente pela adoção de políticas públicas que conduzam a violações a direitos fundamentais assegurados constitucionalmente há de ser sindicalizável pelo Poder Judiciário, como se tem nas situações processuais acima mencionadas. Apontada e comprovada violação massiva e persistente de direitos humanos, cabível é o controle dos atos administrativos – omissivos ou comissivos – pelo Poder Judiciário, sendo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental via processual adequada para o controle de constitucionalidade.” ADPF 760, rel. Min. Carmen Lúcia, p.16 do voto. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>>. Acesso em 07 de outubro de 2022.

jurisdição constitucional para enfrentar os litígios estruturais que se configuram quando houver (i) uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes. Isso porque é típico dessas ações a adoção de ordens flexíveis, com a manutenção da jurisdição, para assegurar o sucesso das medidas judiciais determinadas. Precedentes.<sup>73</sup>

A morosidade no julgamento definitivo do mérito da ADPF 347 obsta solução mais efetivas e coordenadas, sendo imperioso o julgamento do mérito pelo colegiado do supremo. Decisões desta natureza, no entanto, dão enfoque ao potencial constitucional do Poder Judiciário para promover uma democracia constitucional inclusiva, deliberativa e dialógica.

É nesse contexto fático institucional que o presente trabalho de graduação se insere, uma vez que é possível extrair o melhor do Instituto do ECI e do ativismo judicial estrutural<sup>74</sup> que é inerente a casos envolvendo litígios estruturais caso as cortes se voltem para o diálogo interinstitucional deliberativo e dialógico, como visto em países como Canadá<sup>75</sup>, África do Sul<sup>76</sup> e Colômbia<sup>77</sup>, evitando que a técnica decisória se perverta em supremacia judicial, o que

<sup>73</sup> BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 635 MC/RJ. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351553094&ext=.pdf>>. Acesso em 07 de outubro de 2022.

<sup>74</sup> “A dimensão estrutural do ativismo judicial é a que melhor caracteriza a postura judicial na declaração de estado de coisas inconstitucional. Ao interferir nos diferentes ciclos das políticas públicas, ou seja, na formulação, na implementação e no monitoramento dos resultados, cortes constitucionais acabam atuando em esferas de ação próprias do Executivo e do Legislativo.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 2015. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015, p.174.

<sup>75</sup> *A canadian Charter of Rights and Freedom* permite que mesmo as decisões mais ativistas sejam revistas em meio a um diálogo democrático entre cortes e poderes políticos, posto que mecanismos institucionais da *charter* fazem com que a Suprema Corte não tenha a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, sendo sua decisão uma etapa importante, mas não única e definitiva de um processo de interpretação constitucional, envolvendo reações e respostas dos demais poderes e da sociedade civil. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 2015. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>76</sup> “Na África do Sul, a Corte Constitucional do país desenvolveu o Compromisso Significativo, remédio estrutural que cria um diálogo entre a Administração Pública e os grupos afetados pelo litígio (SERAFIM, 2021, p. 108-109). Os dois lados devem atuar como parceiros na solução do problema, formulando um plano de ação que, posteriormente, é apresentado para a aprovação judicial. A Corte Constitucional sul-africana é firme no entendimento de que o Judiciário não é competente para formular as políticas públicas necessárias ao caso, a apoia várias de suas decisões relacionadas a direitos socioeconômicos sobre essa mesma premissa, tentando contornar a objeção da separação de poderes e da incapacidade institucional (NGANG, 2014, p. 664-665). Dessa forma, o Compromisso Significativo não implica em uma construção, por parte do Judiciário, das políticas públicas que serão executadas no caso concreto. Antes, cabe à Corte a função de determinar quais as obrigações e os direitos das partes envolvidas, estabelecer metas e parâmetros normativos que orientem as negociações e, no máximo, aplicar as chamadas medidas profiláticas (DORF; SABEL, 1998, p. 453), que assegurem, de forma emergencial, os direitos básicos do grupo afetados.” In: NÓBREGA, et AL. *PROCESSOS ESTRUTURAIS E DIÁLOGO INSTITUCIONAL: QUAL O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA TRANSFORMAÇÃO DE REALIDADES INCONSTITUCIONAIS?* 8 JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 1 (2022) Revista

seria antidemocrático e pouco eficiente para a finalidade última do instituto estudado: A superação de um estado de coisas insuportável de se conviver (ao menos no horizonte de um Estado democrático de Direito).

Ainda não foi possível se criar uma fórmula infalível de capaz regenerar seres humanos que se desviam da legalidade e cometem crimes, no entanto para transformá-los em animais basta trata-los como tal.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ABBOUD, Georges. Despojos da "lava jato": ECI, degeneração e proceduralização, CONJUR, 2022. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-11/observatorio-constitucional-despojos-lava-jato>> . Acesso em 05 de setembro de 2022.

ADPF 347, Petição inicial. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>

ANDRADE, Jaqueline dos Santos, ESPÍNDULA, Vitor Santos. *NUMERUS CLAUSUS NA EXECUÇÃO PENAL: números da desumanização do cárcere*. Empório do Direito, 2021. Disponível em <<https://emporiododireito.com.br/leitura/numerus-clausus-na-execucao-penal-numeros-da-desumanizacao-do-carcere>>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

---

Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/676>> acesso em 5 de setembro de 2022.

<sup>77</sup>A exemplo da ação dialógica da suprema corte no caso “los desplazados”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025/04. Disponível em <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> acesso em 05 de setembro de 2022

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/segundo-levantamento-do-depen-as-vagas-no-sistema-penitenciario-aumentaram-7-4-enquanto-a-populacao-prisonal-permaneceu-estavel-sem-aumentosignificativo#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2020%2F12%2F2021,em%20dezembro%202020%2C%20para%20820.689>>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STF. Arguição de descumprimento de Preceito fundamental – ADPF 347/DF 2015. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>

BRASIL, Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>.

BRITTO, Livia Mayer Totola, KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. *O CASO BROWN v. BOARD EDUCATION, MEDIDAS ESTRUTURANTES E O ATIVISMO JUDICIAL*. In: *Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional: Princípios transnacionais do processo civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado*. Organizadora: Valesca Raizer Borges Moschen. Vitória, 2019. 348 p. : il. ISSN: 2595-492X

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 2015. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *CONJUR*, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural*. Universidade Federal do Paraná, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colección

DeJusticia, 2010. Disponível em <[https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_185.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf)>

MENDES, Conrado Hubner. MENDES, Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.2008. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas- FFLCH, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hubner. Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3, *Legisprudence*, Vol. 5, No. 1, pp. 1-40, 2011. Disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911852](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911852)>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Segurança Pública e Justiça Criminal, *CONJUR*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>>

MENDES, José Ney de Siqueira, NÓVOA Victor Siqueira Mendes de. *Novas regras deveriam se adaptar ao jogo, ou o jogo se adaptar às novas regras?..* *CONJUR*, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mai-28/mendese-novoa-anpp-justica-penal-negocial>>

NÓBREGA et al. *PROCESSOS ESTRUTURAIS E DIÁLOGO INSTITUCIONAL: QUAL O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA TRANSFORMAÇÃO DE REALIDADES INCONSTITUCIONAIS?* *JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES* 1 (2022) *Revista Estudos Institucionais*, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LIMA, Flavia, FRANÇA, Eduarda. *Ativismo dialógico X Bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 31, 2019

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral* 6. ed., ampl. e atual.- Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

VARGAS, Clara Inés. *La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"*. *Estudios Constitucionales [en línea]*. 2003, 1(1), 203-228 ISSN: 07180195. Disponível em <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

VALOIS, Luis Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. 2 ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.