

ADPF 347 E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

ADPF 347 AND THE STATE OF THINGS UNCONSTITUTIONAL

GABRIEL DE CASTRO BORGES¹
ANDRÉ LUIZ SILVA MOREIRA²

RESUMO:

Este artigo traz uma análise da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, trazido para apreciação pelo partido PSOL e discutida no Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF/347. A análise gira em torno dos votos dos ministros em relação aos pedidos trazidos por meio da referida MP que trouxe os pedidos baseados na situação caótica das prisões brasileiras e da crise do sistema penitenciário que viola massivamente o princípio da dignidade da pessoa humana e mantém presos sob condições desumanas. Através do estudo do caso e também de pesquisas bibliográficas expõe os inúmeros problemas que são a causa da atual situação penitenciária do país, que são alarmantes tendo em vista a clara ofensa aos dispositivos que regulamentam do homem e também do encarcerado como a Constituição Federal e a Lei de execução penal, externando quão ineficiente e o sistema punitivo brasileiro, tendo como base dados contendo a crescente população carcerária do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE:

ADPF/347; Estado de Coisas Inconstitucional; Condições Desumanas; Sistema Penitenciário; Dignidade da pessoa humana;

ABSTRACT:

This article brings an analysis of the Theory of the Unconstitutional State of Things, brought for consideration by the PSOL party and discussed in the Supreme Federal Court under the scope of ADPF / 347. The analysis revolves around the votes of the ministers in relation to the requests brought through the aforementioned MP that brought the requests based on the chaotic situation of the Brazilian prisons and the crisis of the penitentiary system that massively violates the principle of human dignity and keeps prisoners under inhuman conditions. Through the study of the case and also bibliographic research it exposes the innumerable problems that are the cause of the current penitentiary situation in the country, which are alarming in view of the clear offense to the devices that regulate man and also the incarcerated as the Federal Constitution and the Criminal enforcement law, showing how inefficient the Brazilian punitive system is, based on data containing Brazil's growing prison population.

KEYWORDS:

ADPF/347; Unconstitutional State of Things; Inhuman conditions; Penitentiary system; Dignity of human person;

¹Gabriel de Castro Borges Reis Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás, UFG (2017); Especialização em Direito Civil e Processo Civil na Universidade Candido Mendes, UCAM (2017). Graduação em Direito pela Universidade de Cuiabá (2012); Advogado; professor de tempo parcial.

²Estudante do curso de Direito da faculdade Raízes, Anápolis, Goiás, Brasil, E-mail: andreluizsilva97@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Este artigo visa sistematizar e analisar as informações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do Estado de Coisas Inconstitucional, a luz da ADPF 347 que trouxe em seu âmbito a questão social que visa comprovar e corrigir a omissão massiva do Estado em relação aos direitos e garantias fundamentais expressas na Constituição Federal de 1988 e principalmente a má condição das penitenciárias brasileiras, que aprisionam os condenados sob condições desumanas.

O Estado de Coisas Inconstitucional e ponto central, sendo exposto os pedidos trazidos no âmbito da arguição de preceito fundamental, pedidos cautelares que foram deferidos e indeferidos pelos ministros que participaram da votação das medidas trazidas como solução para os problemas que o Brasil enfrenta com a crise do sistema penitenciário.

O sistema penitenciário e um tema recorrente, onde as circunstâncias e o contexto temporal contribuíram ainda mais para que com o decorrer dos anos o sistema evoluísse de maneira negativa, contabilizando a cada ano o caos que viera a ser pré-instalado nas penitenciárias do país. Anos de sucessivas omissões por parte dos três poderes, o Legislativo, Executivo e o Judiciário culminaram no mais terrível estágio de degradação institucional dentro do sistema penitenciário brasileiro.

De norte a sul, o Estado brasileiro perdeu o controle da situação, quando se omitiu em oferecer medidas eficazes para que o problema não crescesse tanto. Portanto, a figura do estado de coisas inconstitucional pode ser efetivamente empregada no Brasil? A realidade jurídica e institucional contribui para que os pedidos expostos na ADPF/347 sejam efetivamente empregados dentro do ordenamento jurídico brasileiro e aplicado dentro das prisões? Perguntas que estão respondidas e fundamentadas dentro do artigo sob análise dos pedidos e dos votos dos ministros.

1. DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

O conceito de ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ foi criado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), que por meio da Sentencia de Unificación (SU)-559 de 1997, declarou o ECI. Nessa ocasião, 45 professores dos municípios de Maria La Braza e

Zambrano tiveram seus direitos previdenciários violados, não receberam os benefícios previdenciários, apesar dos descontos em seus salários. Conforme relatado na sentença, os municípios tinham a obrigação de afiliá-los ao Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisteri, e de acordo com a legislação específica, isso não ocorreu, sendo o dinheiro descontado dos contribuintes utilizado com outra finalidade (saúde). Segundo os requerentes, a não inscrição ao fundo previdenciário violaria os direitos a vida, a saúde, a segurança social e trabalho, a partir dessa violação começou a se constatar os inúmeros descumprimentos constitucionais. (SENTENCIA n° SU-559, de 1997).

Assim, a partir dessa decisão, o tribunal constitucional faz as suas primeiras considerações sobre o ECI. Primeiramente, como demonstrado na Colômbia diante da decisão da CCC na SU n° 559 e outros, e logo mais adiante no Brasil com a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 347, perante o STF.

Portanto, estado de coisas inconstitucional e a violação exagerada de direitos e princípios fundamentais devido a atos reiterados e de práticas comissivas e omissivas, que decorre da inércia estatal diante de sua responsabilidade de realizar direitos e garantias expressos na constituição. É uma falha do estado, que devido a sua omissão, deixa de respaldar o mínimo necessário para a sociedade, sendo que todos os atos do estado são instituídos por lei (JOTAINFO.COM, S.D, ON-LINE).

A violação massiva dos direitos fundamentais não afeta simplesmente um número pequeno e selecionado da população, mas sim toda a coletividade que sofre com os efeitos dessa transgressão. A omissão das autoridades encarregadas de cumprir com as políticas públicas gera o descumprimento dos direitos fundamentais. A ausência de medidas legislativas e a falta de coordenação administrativa e orçamentaria justifica a chamada “falha estrutural” que gera o agravamento da situação. Nesse caso, não seria a inércia de uma autoridade policial que acarreta tantos problemas, e sim o funcionamento deficiente do estado como um todo (CAMPOS,2016).

A principal necessidade em se reconhecer o ECI e para que se tenha a extinção das violações de direitos fundamentais, exigindo a partir desse reconhecimento, remédios constitucionais não apenas a um só órgão, mas sim a pluralidade deles. O ECI busca, portanto, reestruturar todo o sistema violado e beneficiar o maior número de pessoas e entidades (GRAVITO, Cesar Rodrigues).

No Brasil, a omissão de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal (CF) de 1988 e pelos tratados internacionais vigentes no país, que versam a respeito de garantias e proteções da dignidade da pessoa humana, viola o Estado Democrático de Direito e isso gera uma grande necessidade de aplicação direta da teoria do ECI pelos tribunais.

1.1 ADPF 347

A ADPF 347 foi uma ação constitucional proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em face da União, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). E tinha como finalidade declarar o “Estado de Coisas Inconstitucional” dos presídios brasileiros, buscando assegurar os direitos fundamentais aos presos. A relatoria do caso coube ao Ministro Marco Aurélio.

A referida medida cautelar tem como objetivo demonstrar que a atual situação carcerária do país é extremamente precária, pelo fato das condutas omissas dos poderes públicos da União, Estados e do Distrito Federal (DF).

Dentre os vários problemas do sistema penitenciário brasileiro, o pedido demonstrou os seguintes: superlotação, insalubridade, multiplicação de casos de contágio por doenças infectocontagiosas, comida estragada, temperaturas incompatíveis, escassez de água potável e de higiene básica. O excesso de maus tratos demonstra a grande necessidade de mudança em face do poder público.

A necessidade de cumprimento dos deveres pelo estado é evidente, a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 em seu artigo 10 dispõe:

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

Em conformidade com a referida lei transcrita acima, e dever do estado assegurar os direitos fundamentais aos presos, com o real objetivo de reeducar os presos para que sejam reintegrados na sociedade. Com a falta de atenção do estado, a reeducação desses presos nunca aconteceu.

Inclusive, ainda expressa Mirabete que:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar a sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.

Dados oficiais do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) mostram que atualmente, os mais de 700.000 presos que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido fazem do Brasil o país com a terceira maior população prisional, em termos absolutos. As condições estabelecidas aos presos justificam a posição do país nesse ranking, uma vez que o problema surge a resposta do estado deve ser imediata, mas as falhas são constantes e o descaso com o sistema carcerário é imenso.

Diante desse contexto, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF 347), com pedido de medida cautelar, o PSOL entendeu que a ideia do estado de coisas inconstitucional é realmente possível na jurisdição constitucional brasileira.

Se o STF demanda uma omissão dos poderes ou uma ineficiência executiva (há ação, mas ela se torna ineficiente se executada de maneira errada) combinada com a falta de vontade e incentivos públicos e falta de qualidade para que se resolva os problemas estruturais do sistema penitenciário. A política é inócua para solucionar o problema atrelado ao encarceramento.

O ministro Marco Aurélio afirmou:

A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigente.

[...]

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentarias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação.

[...]

Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vem se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa e motivação política do executivo.

Todavia, o relator, ministro Marco Aurélio revela que se há violações generalizadas de direitos fundamentais é porque “há falha estatal estrutural” e apenas o STF se revela capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais. Uma violação generalizada de direitos pode ser atribuída a falta de coordenação entre os três poderes que se mantiveram inertes diante de tantos problemas.

O problema principal do ECI não é apenas de implementação de políticas públicas, ou de interpretação e aplicação da lei penal, mas sim da falta de coordenação institucional para que haja concretização do que já foi estipulado. E essa responsabilidade recai sob os três poderes.

1.2 Violações aos Direitos Fundamentais

Após observar a deplorável situação do sistema carcerário brasileiro, o relator confirma que dela decorrem inúmeras violações de direitos fundamentais e humanos, bem como de preceitos básicos presentes na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984). Com isso, resta dizer que no Brasil os cárceres não servem a ressocialização e isso recai sobre toda a população que diante da violência desenfreada não vê os seus direitos serem respeitados.

O artigo 5º da Constituição Federal (CF) expressa e justifica que todos são iguais perante a lei, e com base nesse artigo observa-se que os atos desumanos praticados pela omissão estatal não estão de acordo com o que a CF traz como norma a ser seguida:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais.

Nas palavras de Araújo, um breve entendimento sobre direito fundamental:

Os direitos fundamentais têm um forte sentido de proteção do ser humano, e mesmo o próprio caput do art. 5º faz advertência de que essa proteção se realiza “sem distinção de qualquer natureza”. Logo, a interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais se destinam a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil (ARAÚJO, 2005, p.117).

Se a LEP fosse cumprida à risca pelo sistema, grande parte do problema visto, estaria controlado e apenas teria que ser revisado para continuar na cadência devida. Os artigos 10 e 11 da LEP demonstram o que deve ser disponibilizado e inserido nas prisões pelo poder público:

Art. 10 – A assistência ao preso e ao internado e dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno a convivência a sociedade.

Parágrafo Único: A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11 – A assistência será:

I - Material;

II – A saúde;
III – Educacional;
V – Social;
VI – Religiosa;

Diante disso, ao se tratar dos principais problemas do sistema prisional brasileiro temos que, a superlotação que é constante em praticamente todos os presídios do país devido ao elevado número de presos e um dos mais graves problemas a serem resolvidos atualmente, assim como a falta de assistência médica, higiene e alimentação.

A desestruturação do sistema prisional brasileiro começa devido à falta desses recursos, que são imprescindíveis para que se tenha um sistema que funciona de forma estruturada e eficaz.

A superlotação prisional no Brasil viola o artigo 85 da LEP, que prevê:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Diante da situação em que se encontra os presídios, com a superlotação, insalubridade e precariedade o ambiente fica propício a proliferação de epidemias e contágio de doenças que podem ser transmitidas entre os presos e funcionários. Todos esses fatores estão ligados ao uso de drogas, cigarros, má alimentação e toda a dificuldade de se viver em conjunto em um ambiente tão defasado de qualidades propícias ao bem-estar dos presos (ASSIS, 2007).

A omissão praticada pelo sistema fere diretamente os direitos fundamentais assim como descreve Mendes e Branco (2015):

A vinculação da administração as normas de direitos fundamentais tornam nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. (MENDES; BRANCO, 2015, pag. 149 e 150)

A ADPF 347 trouxe em seu texto, toda essa problemática construída com o decorrer dos anos e deixou claro que o problema pode ser resolvido, se os três poderes administrarem melhor tudo o que engloba o sistema penitenciário brasileiro e sanar as omissões inconstitucionais que dificultam o andamento do sistema e prejudica toda a sociedade que depende e confia no estado.

1.3 Da Dignidade da Pessoa Humana

O Estado tem o dever de proteger os bens jurídicos tutelados por ele mesmo, com o objetivo de zelar pelo bem-estar da sociedade para que esses bens jurídicos sejam utilizados de maneira correta.

Com base nisso, o artigo 5º, XLX, da CF/1988, prevê que: “É assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral”. No entanto, o estado está omissivo a execução da lei, não promovendo o que está estabelecido em lei.

As garantias estabelecidas em lei durante a execução da pena devem ser respeitadas, assim como diz ASSIS:

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU (Organização das Nações Unidas) que prevê as regras mínimas para o tratamento do preso. Já em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados a proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica – a Lei de Execução Penal – os incisos de I a VX do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer da execução penal (ASSIS, 2007, p.4).

Assim, entende ASSIS que as garantias fundamentais existem, mas são violadas ou não estão sendo colocadas em prática, “a realidade quanto ao sofrimento dentro dos presídios, e muito diverso da estabelecida em Lei”. Expressando ainda que:

Dentro da prisão, dentre várias outras garantias que são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e de agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional. O despreparo e a desqualificação desses agentes fazem com que eles consigam conter os motins e rebeliões carcerárias somente por meio da violência, cometendo vários abusos e impondo aos presos uma espécie de disciplina carcerária que não está prevista em lei, sendo que na maioria das vezes esses agentes acabam não sendo responsabilizados por seus atos e permanecem impunes (ASSIS, 2007).

As várias ofensas realizadas no sistema prisional brasileiro ferem a dignidade da pessoa humana, e essas ofensas ferem diretamente o estado de direito que espera ser respeitado e utilizado em prol da sociedade, já que todos são iguais perante a lei.

O artigo 40 da LEP expressa:

Art. 40 – Impõe-se a todas as autoridades o respeito a integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Complementa, Ribeiro:

O Estado deslocou seu foco, para uma simples manutenção da ordem, esquecendo-se dos princípios orientadores, seus fundamentos, isto leva a mudança de visão acerca do preso, pois quando o próprio Estado esquece que o indivíduo preso é um cidadão que faz parte do mesmo, isto se reflete em toda sociedade, a qual passa a tratar o preso, mesmo depois de ter cumprido a pena, como não mais sendo este um cidadão (RIBEIRO, 2009).

O Estado, ao manejar o *jus puniendi* em benefício da restauração da paz social, deve atuar de modo a não se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado na prática do crime. Por mais que o crime cometido tenha sido uma ação delituosa grave, o direito está prescrito, a forma de agir e de como intervir está configurada, não há como justificar a atuação omissa do estado perante a sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana nesse caso, tem o objetivo de zelar pela segurança da coletividade, diante do tratamento do estado perante o sistema carcerário brasileiro.

2 ANÁLISE DA DECISÃO

No âmbito da ADPF nº 347 a inicial apresentada pelo PSOL trouxe um rol de oito pedidos de natureza cautelar a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sobre diversas questões relativas ao sistema penitenciário (prisão provisória, audiências de custódia, aplicação da pena, progressão de regime), são eles:

- a) - Aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) - Aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- c) - Aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução pena Relatório ADPF 347 MC / DF
- d) - Aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

- e) - Ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;
 - f) - Ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;
 - g) - Ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;
 - h) - À União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.
- (BRASIL, STF, 2015)

No julgamento realizado em 2015, o Ministro relator da ADPF, Marco Aurélio de Mello, durante a apreciação da medida cautelar, analisou o sistema carcerário brasileiro e destacando a respeito das inúmeras falhas e violações de direito deste sistema. Assim, a insalubridade dos presídios, a ausência de qualquer promoção a ressocialização dos detentos, somado ainda a fatores como a prática de diversos crimes no interior do sistema e também a falta de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias para cumprir o estabelecido pelo ordenamento jurídico, demonstram a existência de uma falha generalizada que acaba causando os mais diversos problemas. Além, da própria violação sistemática do princípio da dignidade humana.

Para o Ministro, as Leis estariam sendo inobservadas, e o poder judiciário contribuindo com a “cultura do encarceramento”, considerando a superlotação dos presídios, que seria resultado dentre outros problemas do grande número de prisões provisórias aplicadas de forma desnecessária. De maneira que o cenário de sistemática violações de direitos estaria enfatizando a aplicação da teoria do “Estado de Coisas Inconstitucionais”, conforme já anteriormente abordada. Dessa forma, o plano de fundo da referida ADPF seria justamente obter do Poder Judiciário, uma posição acerca do cenário desumano das prisões brasileiras.

Diante desse cenário de grave e sistemáticas violações de direitos, que caracterizam o ECI, que seriam consequências de falhas estruturais decorrentes da ausência de políticas públicas, a referida ADPF demandaria soluções imediatas por parte do Poder Judiciário, em especial do STF, que exercendo o papel de guardião da Constituição, deve exigir uma postura diferenciada por parte dos poderes estatais na tentativa de promover os direitos constitucionais

destas pessoas encarceradas, sob pena de frustração dos direitos fundamentais, da não efetividade da Constituição Federal de 1988 e consequentemente da ordem democrática e do Estado de direito.

Dessa forma, Marco Aurélio de Mello classifica o sistema prisional como “legislative blindspot”, ou seja, um tema rejeitado pelo debate parlamentar. Nesse quadro, o STF, atuaria como “coordenador institucional”, incentivando os poderes Legislativo e Executivo a estabelecer parâmetros e objetivos de atuação neste cenário (BRASIL, STF, 2015).

Nesse sentido, pontuou o Ministro Marco Aurélio:

E difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (legislative blindspot): o debate parlamentar não alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. (BRASIL, STF, 2015)

Sobre esse aspecto, Diego de Paiva Vasconcelos (2017) diz que esse tipo de decisão mostra como juízes respondem a uma dupla exigência: a de decidir sobre todos os casos que se apresentam a eles, sem qualquer análise prévia quanto a sua competência sobre o tema e, além disso, a necessidade de se apresentar como a alternativa mais justa e adequada para solução da questão.

Após análise da relatoria, a ADPF nº 347 foi levada ao plenário para julgamento pelos pares e membros da Corte, que apreciaram em sede de medida cautelar alguns dos pedidos apresentados, firmando seu julgamento nos termos em que segue:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar Formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea

“e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015.

Conforme é possível observar acerca da decisão supramencionada, a Corte deferiu dois pedidos, apenas as alíneas “b” e “h” foram deferidas. O Poder Judiciário não entrou no mérito dos pedidos “e” e “g” por entender que se tratavam de assuntos relacionados diretamente ao poder legislativo, assim como os pedidos “a” e “f” por considerar que já se exigiam de juízes e tribunais decisões com motivações expressas.

Nessa senda, a ação tinha como finalidade o deferimento de todas as cautelares interpostas para que a partir disso fosse providenciado um novo método abrangente a todo o sistema, uma nova realidade para a prática da execução penal. Uma realidade que possibilite ao réu cumprir a pena em regime fechado sem ter seus direitos constitucionais violados pelo Estado, para que estes não ficassem apenas previstos nas leis, mas sem serem implementados, promovidos e garantidos.

Nesse sentido, o pedido da alínea “a”, que trata da motivação expressa em cada caso concreto, acerca das razões pelas quais o Poder Judiciário não entendeu pela aplicação de medidas alternativas a prisão, nos termos do artigo 319, do CPP, estava, justamente, entre os pedidos mais importantes, uma vez que fazem relação direta com as deficiências estudadas pelo PSOL no momento da propositura da referida ADPF, sendo colocada no topo dos pedidos, principalmente, em virtude do altíssimo número de prisões preventivas, temporárias e provisórias que acontecem no Brasil. No entanto, não foi dada a devida atenção ao referido pedido e este foi indeferido em sede de julgamento cautelar.

No que tange o pedido constante da alínea “a” e o indeferimento pelo STF, cumpre ressaltar que a peça exordial proposta pelo PSOL, não se limitava apenas tratar da necessária fundamentação ou motivação judicial, nos termos previstos no artigo 93, IX, da CF, mas, tratava-se, fundamentalmente da necessária motivação específica, de forma casuística, em cada processo, em cada caso concreto, acerca das razões pelas quais naquele caso em específico, baseado nos elementos dos autos, aquele cidadão seria encarcerado e não submetido às hipóteses do artigo 319, do CPP.

Assim, o presente trabalho tratará sobre a inobservância ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, que está intrinsicamente exposto na alínea “a” da peça exordial da ADPF 347, cujo relaxamento do Estado ao fechar os olhos e não exigir que os juízes e tribunais expliquem o motivo de não aplicar as penas alternativas a privação da liberdade provisória, estariam por consequência a violar a ordem jurídica, constitucional e o Estado democrático de direito.

2.1 Do potencial lesivo ao princípio da motivação das decisões judiciais

A ânsia social pela solução das demandas, a angústia dos magistrados em tornar efetivas as decisões tomadas e a constatação surreal de que a lentidão desprestigia os mecanismos formais de resolução de litígios, valorizou a figura da cautelar, com consequências positivas e negativas para o sistema judicial e para os jurisdicionados. Sobre o tema, ensina GOMES FILHO (2001), “Disso resulta, num considerável número de situações, um risco para a própria obtenção e efetividade do provimento a ser alcançado; este seria, como lembrou Calamandrei, um remédio longamente elaborado para um doente já morto” (GOMES, 2001, p. 2018).

A legislação processual penal brasileira sofreu importantes alterações no sistema das cautelares. O advento da Lei nº 12.403/11 alterou a natureza das medidas, bem como sua forma de aplicação e uma série de outros instrumentos de controle, revelando a crescente importância das medidas cautelares no âmbito do processo penal como forma de promover a garantia da aplicação da lei penal, que não fossem baseadas apenas no decreto prisional provisório. Antes do advento da referida lei, a legislação processual penal anterior apresentava ao magistrado poucas medidas, nas quais os juízes não dispunham de alternativas para assegurarem a ordem processual e a aplicação da lei penal, senão por meio do decreto de prisão preventiva.

Entretanto, a aplicação do direito por parte do juiz deve ser fundamentada, orientada de forma a garantir sempre os direitos constitucionais e humanos do acusado, devendo essa forma de atuação não violadora de direitos ser o meio pelo qual o magistrado não ultrapasse as funções do judiciário e garanta e promova os direitos estabelecidos na Carta Magna.

As mudanças estabelecidas na legislação processual penal alteraram o artigo 319, do CPP, que passou a prever diversas medidas cautelares diferentes da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - Monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§4º. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Neste sentido, o pedido realizado em sede de cautelar e estabelecido na alínea “a” da peça exordial da ADPF 347, trata justamente da necessidade de “motivação expressa pela não aplicação de medidas cautelares alternativas à privação”, conforme estabelecidas no artigo supracitado. Contudo, o indeferimento deste pedido pode ser traduzido como um dos sintomas mais graves da atuação do Poder Judiciário e do Estado brasileiro.

O indeferimento do pedido exposto na alínea “a”, apenas ressalva a repulsa por políticas sociais legítimas ao cidadão. Há quase duas décadas o Brasil vive sob a égide de uma Constituição democrática, entretanto, as relações entre o governo e a sociedade são de cada vez mais pela ilegalidade e arbitrariedade (PASTANA, 2013). O descaso das autoridades com as garantias formais fixadas na Constituição Federal de 1988 e nos demais códigos que formam o ordenamento jurídico nacional mostram uma atuação estatal voltada ao autoritarismo e não a promoção do Estado democrático de direito (PASTANA, 2013).

Neste sentido, a triste realidade das penitenciárias brasileiras, marcadas por celas superlotadas, maus tratos, condições desumanas de encarceramento e violações sistemáticas de direitos, são fruto de uma atuação estatal que não observa e/ou pratica medidas benéficas para este sistema. De modo, que essa atuação estatal também não propõe aos encarcerados uma

solução de objetivo educador, reformador ou disciplinador, apenas isolamento, exclusão, neutralização e segregação.

A atual política criminal associada aos implementos neoliberais permite, cada vez mais, a consideração da punição como simples “instrumento de encerramento de uma população considerada tanto desviante e perigosa como supérflua, no plano econômico” (WACQUANT, 2001, p. 98), o que denota a inclinação hipócrita do estado brasileiro ante ao seu discurso “ressocializador”, conforme consagrado no artigo 1º da Lei de Execuções Penais. Isto porque, embora a justificativa discursiva seja aplicação da punição com objetivos de reinserção, a prática estatal é fundamentada apenas no caráter retributivo da pena.

Diante disso, o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, atua para garantir a segurança jurídica do indivíduo em relação ao Estado, exigindo que o juiz resolva as questões de fato e de direito, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento, estando previsto nos artigos 5º, LXI e 93, IX, da CF, que obrigada todas as decisões do Poder Judiciário serem fundamentadas, sob pena de nulidade.

Portanto a falta de fundamentação do decreto de prisão, torna defeituosa ou viciada a mesma, sem contar que mostra o autoritarismo com que as decisões estatais são realizadas.

Nessa linha, cumpre ressaltar, que os motivos da decisão pelos quais o pedido da alínea “a” fora indeferido, se fundamenta sob o argumento de que, de acordo com os Artigos 93, IX, da CF e 315 do CPP, os juízes já devem justificar a não aplicabilidade de medidas cautelares em caso de determinação ou manutenção de prisão provisória. Diante dos votos e justificativas apresentadas pelos ministros, conclui-se que eles concordam com o pedido, porem visto que esse já consta no ordenamento jurídico, não o deferem.

Embora o pedido não tenha sido deferido, o ministro relator do caso, argumentou: “A prisão provisória se tornou uma regra e, conseqüentemente, os indiciados passam meses ou até anos presos provisoriamente sem um diagnóstico adequado” seguindo essa linha de pensamento, votou pelo deferimento do pedido. O Ministro Ricardo Lewandowski complementou dizendo: “com a inovação da Lei 12.403/2011, a qual modificou o Artigo 312, uma vez que tornou mais rígida a determinação de prisões preventivas, e, mesmo assim, não é seguida pelos juízes”.

Ao justificar o indeferimento da alínea “a”, se valendo do argumento de que o pedido já tem previsão no ordenamento jurídico, conclui-se que essa justificativa é insustentável, visto que mesmo tendo previsão legal, não está sendo cumprido nos tribunais, e o deferimento impulsionaria os juízes a cumprirem uma norma que é de suma importância para controlar e filtrar o sistema penitenciário.

2.3 Prisão preventiva e o artigo 315 do CPP

A crise no sistema penitenciário brasileiro gira em torno da falta de políticas públicas adequadas para conter o encarceramento em massa, tendo em vista o grande número de presos que estão em celas superlotadas aguardando o julgamento. Com espectro mais amplo que as demais prisões processuais (flagrante e temporária), a decretação de prisão preventiva pode ser deferida da data do potencial fato delitivo até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

O efeito dessa modalidade de prisão vem a ser a suspensão transitória do direito fundamental de ir e vir, portanto existe a possibilidade de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão. Visto que, os nobres julgadores não estavam colocando em prática essa substituição, contribuindo com a chamada “cultura do encarceramento”, com o uso excessivo de prisões provisórias e políticas criminais de endurecimento penal.

A alínea “a” presente na ADPF/347, requereu que “determine a todos os juízes e tribunais que, em caso de decretação de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas a privação de liberdade, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal”.

Porém, o Tribunal ao apreciar os pedidos expostos na referida ADPF/347, optou por indeferir a alínea “a” com a justificativa de já possuir previsão legal sobre a referida questão. Ficando demonstrado a ineficácia do Estado em estabelecer o controle punitivo e reafirmando que o encarceramento em massa tem sido a única forma de controle social.

Assim como o artigo 319 do CPP dispõe sobre as medidas cautelares alternativas a privação de liberdade, o artigo 315 do CPP dispõe que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. Ao indeferir, ignorar o pedido exposto na alínea “a”, fica claro a violação do princípio da motivação das decisões judiciais. Muito embora tenha previsão legal, a substituição da prisão por medidas alternativas a ela não está sendo feita, muito menos fundamentada pelos juízes responsáveis por julgar.

Segundo a lição de Aury Lopes Junior (2004) “as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais”.

O Estado tem o poder de punir, mas também tem o dever de manter a ordem social e garantir aos indivíduos o direito de ser julgado da maneira correta, de não submeter a pena sem antes fundamentar ou observar se foram utilizadas todas as formas cabíveis para que a pena seja substituída a medida cautelar alternativa a privação da liberdade.

3 A ADPF 347 E O SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEIRO

Como mais uma tentativa de equacionar as políticas de segurança pública com uma humanizada gestão penitenciária, no dia 27 de agosto de 2015 deu-se início, no Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 do Distrito Federal, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

Ainda padece de julgamento a apreciação pelo Tribunal Constitucional brasileiro, muito embora o STF já tenha demonstrado sinais de uma possível adoção, com o deferimento parcial da liminar, na sessão plenária de 9 de setembro de 2015.

Todavia, o problema gira em torno das possibilidades jurídicas de intervenção do Poder Judiciário para a alteração desse quadro de violações estruturais em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na via eleita da ADPF/347.

Assim, surge a pergunta, qual seria o adequado papel do STF na interpretação constitucional, frente a essa imensidão de demandas, especialmente, se cabe a ele implementar também os valores subjacentes as normas da Carta Magna ou apenas zelar pelo bom funcionamento dos procedimentos democráticos.

“Vergonha nacional” e “inferno dantesco”: são estas, as expressões utilizadas no momento do primoroso voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADPF nº 347, no momento de sua sustentação oral no julgamento da medida cautelar, para se referir a falta de salubridade, de educação, de alimentação adequada, de trabalho, de higiene básica, a proliferação de doenças infectocontagiosas, a vulneração das “minorias” (pobres, mulheres, deficientes), ao crescimento constante da população carcerária, dentre outras violações massivas e generalizadas a direitos humanos e fundamentais, das quais não se tem notícia de tamanha severidade desde a abolição da escravatura.

Diante disso, mesmo perante a falência da prisão em atingir as suas finalidades, os governos insistem em utiliza-la como forma prioritária no enfrentamento da violência e criminalidade. No entanto,

A política do encarceramento em massa, o crescimento da população carcerária e a construção de novas instituições prisionais – algumas de segurança máxima, seguindo a tendência da política de encarceramento norte-americana – não decorrem da constatação de que a política prisional e a instituição prisão vêm tendo, ao longo

dos anos, bons e promissores resultados no que se refere à sua “vocação” para a “recuperação” de criminosos. São múltiplos e patentes os sinais de que o sistema é falho e que o modelo do aprisionamento como forma privilegiada de punição está longe de ser o ideal [...]. As múltiplas e gritantes “crises” do sistema penitenciário, com rebeliões, fugas, denúncias de tortura de presos e múltiplas formas de violação de direitos [...] mostra - se em certo sentido anacr nico esse avanço do sistema prisional (TOURINHO PERES, Maria Fernanda, 2012, p. 8).

O judiciário brasileiro tem adotado a “cultura do grande encarceramento”, utilizando a prisão processual para satisfazer os anseios de justiça da sociedade. Tendo em vista que há uma manifesta ineficiência do Estado, em julgar com celeridade os casos dos réus presos, onde na grande maioria desses julgamentos, os réus são absolvidos ou   aplicado penas restritivas de direitos, não justificando o encarceramento em massa.

Dentro das penitenciárias brasileiras, coexistem o preso condenado pela prática de homicídio doloso, que outrora suprimiu a vida de um inocente, e o apenado submetido a sanção penal pelo simples fato de ter sido detido portando três pedras de crack no bolso da calça. Há também a moça que furtou um pão no supermercado para tentar saciar a fome dos filhos. Vislumbram-se, “igualmente”, réus considerados culpados nos julgamentos da Operação Lava-Jato e o senhor que foi pego dirigindo embriagado. Diversas são os crimes, diversas são as situações fáticas mas entre tantas situações, o final e sempre aguardar julgamento preso, presos que se multiplicam virão estatística para o Estado.

Um processo criminal e composto por etapas, assim como todos os outros dentro do ordenamento jurídico, começando pelo inquérito policial, pelo crivo da análise do Ministério Público, pelo juízo prelibat rio do julgador, pela produção e coleta de provas e, oportunizados o contraditório e o exercício da ampla defesa, culminado por fim, em uma sentença condenatória ou absolutória. Sendo assim, surge da  a importância da audiência de custódia que após sua implantação, e realizada após a ocorrência da prisão em flagrante, um procedimento adotado que evita o indevido recolhimento ao cárcere de presos provisórios, a abarrotarem o já falido sistema prisional brasileiro.

Tendo em vista que a população carcerária   tão significativa, e que ainda reina sobre a sociedade a insegurança e o modo grotesco de punir do Estado, há que se indagar sobre a insignificante densidade das políticas de segurança pública e a falta de interação entre União, Estados-membros e Municípios para que o crescente quadro de superlotação das prisões brasileiras seja revertido em tempo.

3.1 O sistema penitenciário brasileiro

O sistema penitenciário brasileiro foi marcado por episódios que revelam e apontam para o descaso em relação as políticas públicas na área penal, bem como para a edificação de modelos aos quais se tornaram inviáveis quando de sua aplicação.

No Brasil, o direito de punir também passou por vários estágios, desde as punições violentas até o momento atual, onde se tenta aplicar a ressocialização do criminoso de maneira não tão eficaz.

Em novembro de 2012, o então ministro da Justiça, Jose Eduardo Cardozo, afirmou em entrevista que “preferia morrer” a “ser preso” no Brasil, “Do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer. Quem entra em um presídio como pequeno delinquente muitas vezes sai como membro de uma organização criminosa para praticar grandes crimes”.

Palavras ditas por quem detém o poder para solucionar os problemas vividos nas penitenciárias brasileiras, onde o próprio ministro ignora o seu papel perante a sociedade e mostra que ao invés de propor mudanças ao sistema, apenas prolonga e contribui para que esse “quadro” caótico cresça cada dia mais.

São múltiplos os fatores que contribuíram para que o sistema carcerário brasileiro chegasse a precariedade em que se encontra atualmente e os pontos mais graves são: o abandono, a falta de investimento e o descaso do poder público. Acontece que se os representantes do povo se omitem a desempenhar o seu papel, o sistema que tem o intuito de se tornar um instrumento de substituição das penas desumanas, como as de morte e tortura, não tem desempenhado o seu papel e, muito pelo contrário, tem se tornado um motivo para o aperfeiçoamento de criminosos, sendo assim, impossível tratar da ressocialização de qualquer um deles.

O Estado, desde seu início, reveste-se do monopólio da violência, da capacidade de julgar e de impor punições. Desse modo, o direito de punir não está diluído na sociedade, mas centralizado e institucionalizado no Estado, e a penalidade e a sua exclusividade.

Certamente, dentre todos os problemas existentes dentro do sistema penitenciário, o mais grave e a questão da superlotação, que em decorrência desse problema surge os demais, causando uma longa e crescente linha de problemas. Em um ambiente insalubre e superlotado o respeito aos direitos dos presidiários previstos tanto na suprema Carta Magna e também na majestosa Lei de Execução Penal se torna impossível ter controle sob a organização criminosa

dentro da cadeia que comanda o crime dentro e fora dela, tornando a ressocialização um caminho cada vez mais distante de acontecer. O DEPEN constata a gravidade da superlotação:

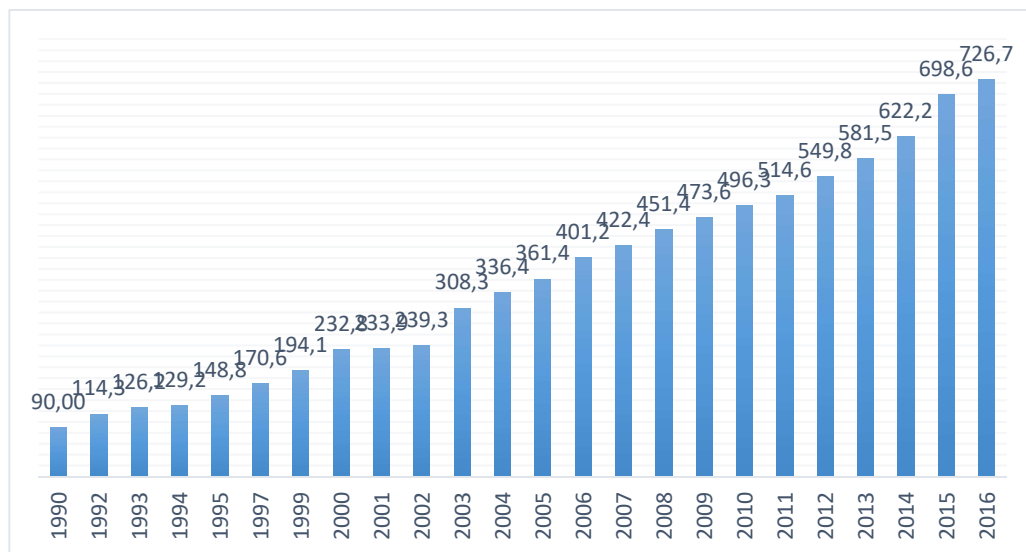
A superlotação carcerária se inscreve como um dos problemas mais graves do sistema. No exercício, foi adotado o critério de maior densidade da população carcerária, para efeito de alocação de recursos destinados as obras de construção ou reforma de estabelecimentos penitenciários do Brasil.

Somente através de dados quantitativos, pode-se vislumbrar a dimensão do problema enfrentado no Brasil, o problema da superlotação fica mais assustador ainda quando se coloca no papel demonstrado sob dados. O Brasil encarcerou mais a partir dos anos 2000, sendo esse número crescente em relação as prisões em grande escala, mas decrescente em relação aos presos julgados e sentenciados. Nota-se que o Estado não propõe mudanças significativas, ficando demonstrado que o Estado está confuso no combate à criminalidade, fato que enegrece o seu próprio direito de punir.

Com a finalidade de ilustrar a real situação do sistema penitencio brasileiro, de acordo com dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no Brasil em junho de 2016 (30/06/2016), em 1.422 unidades prisionais que participaram do levantamento, existia 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, e um número de vagas bastante inferior sendo 368.049 onde observa-se um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país.

Ainda segundo o DEPEN, em julho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90, assim como demonstra o Gráfico 2.

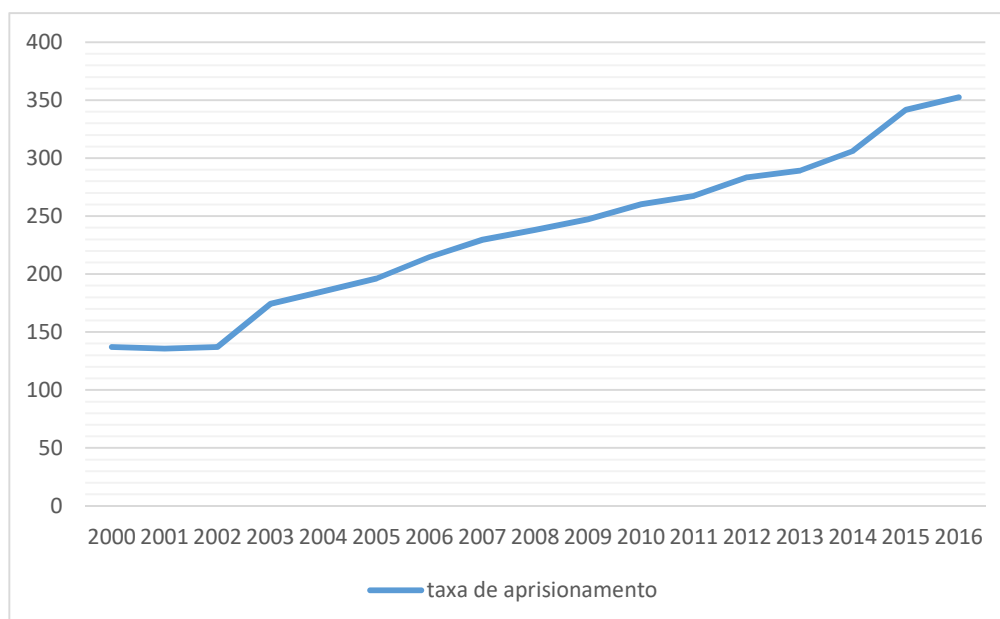
Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes e em julho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, conforme o gráfico 2.

Gráfico 2. Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano; DATASUS.

Diante dos dados apresentados, nota-se que a tendência é só aumentar, tendo em vista a falta de políticas públicas para que esse quadro seja revertido. Pela Lei de Execução Penal, a assistência ao preso e dever do Estado, a fim de prevenir o crime e orientar o retorno do preso a convivência em sociedade, portanto carece de ações, como assistência material, saúde, educação social e religiosa dentro e fora das prisões.

De onde vem tanta criminalização? Porque tanta gente encarcerada? Na visão de Baratta (2002, p.190), há um claro procedimento para esse atual cenário:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

Todavia, também deve-se levar em consideração o papel dos magistrados diante dessa crise no sistema penitenciário, onde se deve tomar medidas alternativas a prisão para que esse cenário seja revertido. Assim como ao se decidir sobre a prisão provisória, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do delito e, sobretudo, os riscos a instrução penal e a garantia da ordem pública.

3.2 O abismo entre a norma e a realidade

Infelizmente, não é de hoje que já se discute sobre a realidade do sistema processual penal brasileiro e conseqüentemente dentro dessa discussão chega-se ao sistema carcerário, onde não coadunam com os princípios elencados na Carta Magna. Atualmente, o que o sistema penal brasileiro mais faz é violar massivamente os direitos e garantias dos indivíduos submetidos ao seu escrutínio.

Uma democracia substancial e avessa ao expansionismo do direito penal e as tentações de seu uso simbólico e midiático (FERRAJOLI, 2002). Contudo, a expansão do direito penal no Brasil é evidente, porém a sua aplicabilidade é falha e muito confusa diante dos olhos da sociedade.

O sistema penal brasileiro é deficitário, afinal é dele que se tem por gargalo as penitenciárias inumanas, e a cultura de encarceramento em massa. As falhas estruturais, se dão por contar com uma seleção abstrata onde antes de julgar os crimes e a conduta do indivíduo perante a sociedade se julga o perfil dos indivíduos, além dos bens e até mesmo a própria cor da pele, definindo os grupos que serão perseguidos e posteriormente até presos.

Os detentores do poder, aqueles que possuem o poder de influenciar no sistema penal, o instrumentalizam em prol da tipificação que trará benefícios de caráter pessoal,

cuidando apenas para que seja feito apenas o necessário ao interesse do próprio. De acordo com Soraia da Rosa Mendes (2014, p.58), “daí porque a criminalização, em maior quantidade, de desvios típicos de classes e grupos socialmente mais débeis e marginalizados”.

Nesse interim, as falhas se espalham pelo sistema como um todo, culminando nos graves imbróglis do cárcere. Dessa forma, Carranza (2008), anua os cinco principais problemas, ou necessidades, dos sistemas penitenciários da América Latina. Sobre o qual, os diretores do sistema, os juízes, os funcionários em matéria carcerária, os defensores públicos, os procuradores gerais e representantes dos direitos humanos chegaram a seguinte concordância:

1. Ausência de políticas integrais (criminológicas, de direitos humanos, penitenciárias, de reabilitação, de gênero, de justiça penal);
2. População carcerária originada em reduzido orçamento e na falta de infraestrutura adequada;
3. Deficiente qualidade de vida nas prisões;
4. Insuficiente pessoal penitenciário e sem capacitação adequada;
5. Falta de programa de capacitação e de trabalho para as pessoas presas.

Existem princípios baseados na humanidade universal, que deveriam prevalecer em todos os sistemas carcerários do mundo. O mais importante deles está previsto no artigo 10 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: toda pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Seguindo essa linha de raciocínio, diante do cenário vivenciado no Brasil atualmente, dispõe CARNELUTTI (2009, p.92), que jamais deve-se esquecer de que:

As pessoas as quais encarceramos são como nós, seres humanos. Sua humanidade tem que ser respeitada sem que seja levado em conta o tipo de crimes que cometeram. Sem um contexto ético forte, as circunstâncias nas quais um grupo de gente tem poder considerável sobre outro podem se degenerar facilmente para se converter em um abuso de poder. O que na prática significa que temos sempre que nos questionar se o que estamos fazendo é o correto. Este sentido ético deve impregnar todo o processo de administração.

Com isso, pergunta-se o porquê do nosso país, e os demais latino-americanos, não respeitam os supracitados protocolos e convenções internacionais. O que ocasiona a situação atual de rápido crescimento da população carcerária no Brasil? Porque as medidas expostas na ADPF 347 não se mostram eficazes e/ou não foram implantadas? Diante dessas perguntas, a resposta mais rápida e a de que os representantes do povo se mantem inertes, e não colocam em pratica tudo o que deve ser feito para acabar com o atua estado que se encontra as prisões brasileiras.

Assim, a função do sistema penitenciário atua não apenas de forma a concretizar a relação de desigualdade entre as classes, mas também de determinar os próprios sujeitos ativos dessa relação.

A cultura do encarceramento atua na atuação do indivíduo desigual, onde os próprios entes do Estado, detentores do poder de polícia, escolhem as zonas societárias mais baixas, o setor de marginalidade, que se encaixe perfeitamente no sistema punitivo estatal.

A visto disso, o sistema carcerário representa, segundo Baratta (2002, p. 190):

A ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

A função selecionadora do sistema, que se apodera da classe vulnerável e a transforma rapidamente em classe marginalizada que contribuirá para os índices de presos que cresce cada dia mais.

Diante disso, o sistema ainda se questiona, se há um déficit democrático, uma vez que a formulação das políticas públicas e tarefa do Poder Executivo dentro das margens de liberdade concedidas pelo Legislativo. Em um Estado democrático de Direito, não é cabível que a Constituição invada o espaço da Política, ela deve ser utilizada para nortear, pois se utilizada como forma invasiva irá radicalizar fazendo com que os verdadeiros responsáveis pelas decisões políticas, verdadeiros representantes do povo, eleitos de forma democrática, fiquem ainda mais inertes diante da situação, ficando impedidos de exercer suas funções, funções que devem ser desempenhadas pelos “reis filósofos da atualidade: os juristas e os operadores do direito em geral” (BARCELLOS, 2005, p.83).

CONCLUSÃO

Todos os pressupostos elaborados na proposta contida na ADPF 347 que foi impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade, além de possuírem caráter inovador, trouxeram à tona, a evidente necessidade de revisão da atuação concreta dos três poderes frente ao dever de garantir que todos os direitos presentes na Constituição Federal sejam garantidos de fato assim como os princípios constitucionais, dentre eles a dignidade da pessoa humana. O Estado de Coisas Inconstitucional é uma omissão qualificada, ocasionada pela inercia continuada de

diferentes autoridades do poder público, que resulta na violação grave e massiva dos direitos fundamentais, que são apontados como básicos a pessoa humana.

A falta de políticas públicas por parte dos órgãos públicos, transforma toda a demanda apresentada pelos cidadãos em uma grande sequência de falhas estruturais que ao serem ignoradas se tornam o principal fator da desordem, crescimento da população carcerária, superlotação nos presídios e crise no sistema penal.

É evidente que o atual cenário do sistema prisional brasileiro está diretamente incompatível com as garantias trazidas pela Constituição Federal de 1988, que consagra em seu texto garantias fundamentais aos indivíduos e reprime as sanções cruéis, prática de tortura e tratamento desumano e degradante. Porém, apesar de ter a Constituição como fundamento para estabelecer o bem-estar e promover políticas públicas eficazes ao cidadão, o Estado apenas passa por cima da grande quantidade de violações constitucionais e fecha os olhos para a crise do sistema prisional brasileiro.

O STF ao reconhecer o ECI, afirmou que existe grande necessidade e urgência de que os poderes Executivo e o Legislativo estabeleçam e executem as políticas necessárias para que a crise no sistema penitenciário seja resolvida, políticas visando não só a melhoria na hora de legislar, julgar e desempenhar o papel de Estado Democrático de Direito, mas também a questão orçamentaria.

Os votos expressos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do exame das cautelares demandadas na ADPF 347 demonstraram ainda mais que o problema está longe de ser resolvido, apesar de nenhum dos julgadores ter se posicionado de maneira definitiva, já que ainda se aguarda pela decisão quanto ao mérito da questão, mas dentre os pedidos apresentados, os pedidos indeferidos fazem parte do rol de pedidos que deveriam ser observados de maneira mais calma, tendo em vista a real situação no país, os deferidos também eram de suma importância mas mesmo que deferidos não atingiram grande repercussão diante do caótico quadro. Todas as demandas apresentadas deveriam ter sido apreciadas pelos ministros, são demandas importantes que visavam reformular tanto a forma de se julgar quanto a forma de se encarcerar.

A questão das penitenciárias no Brasil, e tratada com total descaso pelo Estado e com desconhecimento pela sociedade que apenas exige a punibilidade e não se atenta para os danos causados a ele próprio. Tal questão só entra em pauta nos momentos de crise, época de eleição e sempre é colocada como prioridade mas continua da mesma forma pra pior, até porque o sistema penal brasileiro pune mal, tendo como objetivo principal encarcerar, amontoar indivíduos sob condições desumanas.

Com isso, diante o exposto, conclui-se que em meio a tanta demanda, onde há circunstancias negativas demais, acaba que não diretamente, mas talvez indiretamente gerando um obstáculo para que tal instrumento (ADPF 347) seja efetivamente apreciado, analisado e colocado em pratica pelos poderes. Os impactos de uma decisão concreta e eficiente no Brasil interferem diretamente no orçamento da gestão política governamental, mas que traria a sociedade uma enorme contribuição pois traria maior celeridade ao processo penal e diminuiria a carga de processos parados, sem contar no grande número de presos que com medidas socioeducativas poderiam, ao sair do cárcere, contribuir para que o crime deixasse de ser um problema no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 9ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoos-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>>. Acesso em 20 set. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, Rio de Janeiro, 2005.

BARRUCHO, Luís; BARROS, Luciana. **5 problemas crônicos das prisões brasileiras – e como estão sendo solucionados ao redor do mundo**. BBC News, Londres, 09 de Jan. de 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38537789>>. Acesso em: 25 de Abr. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Relatório de Gestão, DEPEN**, 2002.

_____. DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **As Miserias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CARRANZA, Elías. **Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** - Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p 148.

MARIANA, Timoteo da Costa. **Brasil tem 55% mais presos do que a media global.** O Globo Brasil, São Paulo, 22 de jan. de 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-55-mais-presos-do-que-media-global-11365780>>. Acesso em: 25 de mai. de 2020.

MELLO, Marco Aurelio. **Medida Cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 distrito federal.** ADPF 347. Supremo Tribunal Federal. 09 de set. de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 de mai. de 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

PIRES, Agnaldo Rogério. **Da Assistência ao preso e ao internado.** Costanze Bueno Advogados, Guarulhos, 13 de set. de 2010. Disponível em: <<http://www.buenoecostanze.adv.br/>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2020.