

**A ADPF 347 E OS POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE
O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.¹**

DOI: 10.31994/jefivj.v16i1.928

Julia Fonseca Bastos²
Maria Antônia Vianna³
Sofia Rodrigues Simão⁴

RESUMO

A partir das reflexões, princípios e normas advindas da Constituição Federal, Lei de Execução Penal e Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, o presente estudo tem por objetivo analisar a contribuição da ADPF 347 para o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais dos apenados e apresentar o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a referida ADPF. Ademais, com o fito de abordar o tema supracitado, foi utilizado a pesquisa bibliográfica e, ainda, a documental, referenciando as principais leis e posicionamentos dos tribunais através da jurisprudência para a decisão dos tribunais internacionais cujas decisões tratam da realidade do sistema prisional brasileiro. Conclui-se que as normas, tanto constitucionais, quanto infraconstitucionais, como a Lei de Execução Penal, reafirmam o dever do Estado, com destaque aos Poderes Públicos, o dever de tutela dos direitos fundamentais. De tal forma, a ADPF se apresenta como uma proteção

¹ Este artigo foi desenvolvido no 3º período no Projeto Integrador sob a responsabilidade da prof. Rachel Zacarias

² Graduando do curso de Direito das FIVJ: jufonsecabastos@gmail.com

³ Graduanda do curso de Direito das FIVJ: mariaantoniavianna06@gmail.com

⁴ Graduanda do curso de Direito das FIVJ: sofssoy@gmail.com

extensiva contra lesões a estes direitos. A decisão do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a situação crítica das penitenciárias brasileiras reafirma a falência da pena privativa de liberdade visto que o submetido à tutela penal tem seus direitos violados devido à inércia dos Poderes Públicos em fomentar medidas que ensejam a garantia dos princípios constitucionais em sua materialidade. Portanto, com a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, houve a necessidade de um maior diálogo institucional, de suma importância para a proteção das vítimas de um sistema carcerário falido, de modo que haja a mitigação da violação massiva de direitos fundamentais que ocorre continuamente até o presente momento.

PALAVRAS-CHAVE: ADFP. ADFP 347. STF. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO DOS PRESOS. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. CONVENÇÃO INTERNACIONAL CONTRA TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS CRUÉIS DESUMANOS OU DEGRADANTES.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal primazia os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana. A Carta prevê em seu artigo 5º, III, a proteção de qualquer pessoa de ser submetida a torturas ou condições desumanas e degradantes. É previsto, ainda, em seu inciso XLIX, o direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt; em sua obra “A falência da pena de prisão”, aborda como o sistema no qual o apenado é submetido, se torna um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade, vícios e degradações que violam os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. O referido autor, enfatiza a precariedade da infraestrutura das penitenciárias, a superpopulação, a

alimentação deficiente, o ambiente propício à violência física e sexual, e, ainda, a negação de acesso à assistência jurídica e atendimento médico, privando os detentos do direito à dignidade e dificultando sua sobrevivência dentro do sistema prisional.

Em decisão da ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão estatal que se torna visível até o presente momento, ao não ratificar os direitos fundamentais previstos a todos os cidadãos sem a exclusão daqueles privados de liberdade. Nesse sentido, deve-se analisar qual é o posicionamento dos Tribunais Superiores, por meio de suas decisões, em relação ao “Estado de Coisa Inconstitucional” e ainda, as demais decisões do STF sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347 que trata sobre a realidade carcerária brasileira.

O presente estudo tem por objetivo analisar a contribuição da ADPF 347 para o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais dos apenados e apresentar o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a referida ADPF. Nesse sentido, com o fito de abordar o tema supracitado, será utilizado a pesquisa bibliográfica e, ainda, a documental, referenciando as principais leis e posicionamentos dos tribunais através da jurisprudência para a decisão dos tribunais internacionais cujas decisões tratam da realidade do sistema prisional brasileiro.

Em um primeiro momento serão abordados os artigos da Constituição Federal que tratam sobre os direitos e garantias fundamentais aos privados de liberdade. Em seguida, os principais posicionamentos do doutrinador Bitencourt com relação à falência da pena de prisão e a garantia dos direitos fundamentais aos apenados. E por fim, as decisões dos Tribunais Superiores a respeito do Estado de Coisa Inconstitucional e, ainda, a decisão proferida diante da interposição da ADPF 347 perante o Supremo Tribunal Federal.

1 FUNDAMENTOS LEGAIS DA ADPF N° 347

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), dispositivo de análise jurisdicional instaurada como medida de controle e proteção às ações inconstitucionais apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mediante o artigo 102 § 1º da Constituição Federal, diz que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (BRASIL, 1988). Este instrumento foi regulamentado pela Lei 9.882/99 que visa evitar ou reparar lesões que desrespeitem preceitos fundamentais decorrentes da omissão e atos dos poderes públicos, de acordo com o preceito legal:

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.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (BRASIL, 1999).

O caput do Artigo 1 da lei supracitada, prevê o objeto da Arguição que será instrumentalizada com o fito de evitar (de forma preventiva) ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de atos do Poder Público. Observa-se, no teor do texto normativo, que o legislador não foi taxativo de modo que não especificou quais seriam os preceitos fundamentais que estariam sujeitos a lesão. Nesse sentido, a abrangência de “preceito fundamental” se refere não somente às cláusulas pétreas e, é claro, os direitos fundamentais, como também, os princípios fundamentais previstos no texto magno da CF.

Em uma primeira análise, quanto à legitimidade para a propositura da Arguição, o art. 2º da Lei de 99 atribui quais sujeitos processuais podem propor a

ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com a Constituição, ou seja, Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o partido político com representação no Congresso Nacional, e ainda, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ADPF nº 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, tem por objetivo buscar o reconhecimento à figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” ante o sistema carcerário brasileiro, no qual vem sofrendo diversas violações e ofensas quanto a preceitos fundamentais decorrentes, principalmente, da dignidade da pessoa humana dos encarcerados. Dito isso, é possível perceber a omissão estatal diante das várias dificuldades que ocorrem nos presídios, já que com a superlotação e as condições degradantes os presos não estão conseguindo adquirir os direitos mínimos previstos na Constituição Federal, dificultando assim a reinserção destes na sociedade. Assim, o relator da arguição (BRASIL, 2015), esclarece que:

O estado de coisas inconstitucional, permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação.

Em meio aos acontecimentos que explicitam o tratamento desumano aplicado aos presos, a ADPF 347 menciona, celas superlotadas e imundas, falta de água e de materiais de higiene básicos, proliferação de doenças, mulheres dando à luz nas próprias penitenciárias, agressões e estupros, bem como a ausência de oportunidades de estudo e trabalho. Sendo assim, é notório a incompatibilidade deste cenário com as normas previstas na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e nos Tratados Internacionais, visto que os direitos dos presos são invioláveis,

imprescritíveis e irrevogáveis, como qualquer outro direito humano. Nesse ínterim, mediante os direitos supracitados, para o jurista Guilherme Nucci (2020), é imprescindível que os direitos humanos sejam garantidos a qualquer cidadão, sem exclusão daqueles que cometem crimes. Afirma também que:

Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem aliado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal (NUCCI, 2020, p. 130).

Ademais, ainda se tratando dos direitos individuais, é relevante mencionar o doutrinador Dirley da Cunha Júnior, que aborda em seu livro “Curso de Direito Constitucional” um dos diversos e importantes direitos fundamentais, que é imprescindível para qualquer cidadão. Têm-se assim, o direito à vida, que para ele:

[...] é legítimo de defender a própria existência e de exigir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante. Envolve o direito à salvaguarda e preservação da vida humana, em seus atributos físicos-psíquicos e espirituais-morais da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos [...] (CUNHA JÚNIOR, 2023, p. 653).

Isto posto, é importante destacar as diversas normas da Carta que estão sendo contrariadas, dentre elas estão o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º inciso III, o artigo 5º inciso III, que estabelece de forma clara a proibição da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante, na qual a Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1991, designa em seu artigo 1º que:

[...] Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la

por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência (ONU, Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes).

Têm-se ainda o artigo 5º inciso XLVII alínea “e” que proíbe a aplicação de sanções cruéis, o artigo 5º inciso XLVIII, que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado, assim como o artigo 5º inciso XLIX que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

De outro modo, a ADPF em questão ressalta a contradição existente entre a realidade carcerária e a Lei de Execução Penal (LEP), pois esta prevê algumas das garantias fundamentais ao apenado que estão além das normas previstas na Constituição Federal. No diploma legal, em seu artigo 41, têm-se a alimentação suficiente e vestuário, atribuição de trabalho e sua remuneração, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, igualdade de tratamento, dentre outros. Outrossim, os artigos 82 § 1º e 83 § 2º abordam os direitos que as mulheres possuem dentro das penitenciárias, onde ficarão em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal, bem como, um local dotado de berçários, para que as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los.

Logo, se faz necessário a construção de soluções voltadas à superação desse lamentável quadro de violações massivas de direitos das populações carcerárias mediante as ações e omissões do poder público, onde para o doutrinador Dirley Da Cunha Júnior, todos, sem exceção, são titulares dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Acrescenta ainda que: “[...] o que importa é a vida, independentemente se a vida é humana ou não humana, pois

todas as formas de vida são igualmente importantes. Todo ser vivo que sente, merece igual proteção constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2023, p. 616).

2 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Há um “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva dos direitos fundamentais dos presos como aduz a ADPF 347. A transgressão da ordem constitucional pode consumir-se mediante ação, omissão, violação positiva e negativa. A situação de inconstitucionalidade além derivar de um comportamento ativo do Poder Público que lhe permita agir em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a constituição, sua inércia em deixar de adotar medidas necessárias à realização concreta dos preceitos constitucionais incidirá em violação negativa do texto constitucional, e resultará em inconstitucionalidade por omissão. É como ressalta o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2015) em seu voto no julgamento da ADPF em questão:

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante – tal como denunciado pelo PSOL – da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpre a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República (BRASIL, 2015. ADPF 347, Inteiro Teor, p. 9).

Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. A ação constitucional proposta pelo PSOL propõe ao STF que declare a existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema prisional brasileiro, tendo em vista o cenário grave da massiva violação dos direitos fundamentais dos

presos. Pede um conjunto de medidas para reduzir a superlotação das prisões e promover a melhoria das condições de encarceramento. Entre os fatos que exemplificam o tratamento desumano dado aos presos, estão celas superlotadas e imundas, falta de água e de materiais de higiene básicos, proliferação de doenças, mulheres dando à luz nas próprias penitenciárias, agressões e estupro além da ausência de oportunidade de trabalho e estudo.

Cezar Roberto Bitencourt (2017) ressalta que esta série de deficiências prisionais trazem para o apenado um efeito criminógeno resultante da falência do instituto da pena privativa de liberdade. “Um dos argumentos que mais se mencionam quando se fala na falência da prisão é o seu efeito criminógeno” (BITENCOURT, 2017). Considera que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade, e não traz nenhum benefício ao apenado, ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações. O autor cita o sociólogo americano Goffman (1973) que aborda sobre as prisões como as chamadas instituições totais, sendo aquelas organizadas para proteger a comunidade contra aqueles que constituem intencionalmente um perigo para ela e não apresentam, como finalidade imediata, o bem-estar dos internos.

As instituições totais estão simbolizadas pelos obstáculos que se opõem à interação social com o exterior e exclusão de seus membros através de “portas fechadas, muros aramados, alambrados, rios, bosques e pântanos”. Goffman (1973) classifica a prisão como uma instituição total organizada para proteger a comunidade contra aqueles que constituem intencionalmente um perigo para ela e não apresentam, como finalidade imediata, o bem-estar dos internos. Nesse sentido Bitencourt (2017, p. 66) diz:

A instituição total produz no interno, desde que nela ingressa, uma série de depressões, degradações, humilhações e profanações do ego. A mortificação do ego é sistemática, embora nem sempre seja intencional. A barreira que as instituições totais levantam entre o

interno e a sociedade exterior representa a primeira mutilação. Desde o momento em que a pessoa é separada da sociedade, também é despojada da função que nela cumpria. Posteriormente, o interno é submetido aos procedimentos de admissão, onde é manuseado, classificado e moldado. Isso implica uma coisificação da pessoa, pois é classificada como objeto para ser introduzida na burocracia administrativa do estabelecimento, onde deverá ser transformada paulatinamente, mediante operações de rotina. Esse procedimento leva a uma nova despersonalização e à depreciação do ego.

O autor reforça que os aspectos negativos relacionados a respeito de uma instituição total, como a prisão, demonstram que este é um instrumento inadequado para a obtenção de algum efeito positivo sobre o recluso e reforça a tese de que a prisão, como resposta penológica, encontra-se efetivamente em crise.

Em voto da ADPF 347, o relator ministro Marco Aurélio evoca o julgamento do Recurso Extraordinário nº580.252/MS, de relatoria do ministro Teori Zavascki em que o Supremo decidirá se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes. Cita ainda a declaração do ministro Luís Roberto Barroso sobre a situação carcerária no Brasil:

Mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação (BRASIL, 2015. ADPF 347, Inteiro Teor, p. 5).

O ministro relator Marco Aurélio (BRASIL, 2015) em seu voto, reforça o pedido do PSOL à adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. O Partido ainda assevera que as condições do sistema prisional configuram cenário incompatível com a Constituição Federal diante da ofensa de diversos preceitos fundamentais intrínsecos à dignidade humana como a vedação de tortura e de tratamento

desumano, o direito à justiça e os direitos sociais e à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, e sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos, além de comissivos, omissivos dos Poderes Públicos da União. A ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão, assim como a definição e execução da pena sem considerar as condições degradantes das penitenciárias brasileiras, e coloca em questão o quadro fático do sistema penitenciário brasileiro:

“verdadeiros infernos dantescos”. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Saliencia ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos (BRASIL, 2015. ADPF 347, Inteiro Teor, p. 4).

Bitencourt (2017) questiona a validade da pena de prisão no campo da teoria e dos princípios em face do aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é o de sua execução. Se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever-ser, e, no entanto, não se tem dado devida atenção ao tema que efetivamente merece, o momento final e problemático, que é o do cumprimento da pena institucional. Reforça ainda que:

Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias atuais e na sociedade atual. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas (BITENCOURT, 2017, p. 62)

Este posicionamento estatal debatido na ADPF 347 autoriza que o Estado limite a liberdade do condenado, mas não permite que outros direitos sejam desrespeitados. As condições de cumprimento de pena estão expressamente reguladas pelas normas citadas em nosso ordenamento jurídico. O seu cumprimento não é uma questão política, mas uma questão jurídica, a ser assegurada pelo STF.

3 APONTAMENTOS SOBRE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E A PROPOSIÇÃO DA ADPF 347

3.1 Controle de constitucionalidade e tipos de ADPF

O jurista Daniel Sarmento (2001), alega que apesar de que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode possibilitar, na modalidade incidental, o alcance dos direitos fundamentais aos cidadãos que tiveram as garantias, previstas no texto magno, violadas, o instrumento não foi criado para priorizar tal objetivo. O instrumento normativo em questão, foi criado mais para a priorização da segurança governamental do que, para, de fato, a promoção dos direitos do cidadão. a ADPF, incide somente sobre “ato do Poder Público” excluindo a possibilidade de que o STF, nos casos graves de lesão coletiva, pudesse defender os direitos fundamentais do cidadão nas relações horizontais, e, portanto, privadas. No entanto, é garantido a legitimidade da proposição da ADPF nos casos de ação e omissão do Poder Público.

Apesar de seu pensamento crítico exposto, Sarmento (2001), reconhece que o instrumento jurídico, ao ser proposto antes do fase recursal , através do controle difuso de constitucionalidade, permite maior segurança jurídica, já que provoca o Supremo Tribunal Federal para que preste tutela jurisdicional antes que haja um congestionamento de processos similares no que diz respeito a lesão de preceito

fundamental, que só chegariam ao Tribunal por meio das “tortuosas vias recursais” nas palavras do jurista constitucional.

Nesse sentido, para o referido autor, deve-se distinguir os tipos de Arguição em dois tipos, a Voluntária e Incidental, a primeira relacionada diretamente às hipóteses em que a Ação Direta de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade⁵ por omissão não forem cabíveis, característico do controle de constitucionalidade abstrato ou na possibilidade em que não haverem meios idôneos para tratarem da lesividade causada diante de uma controvérsia constitucional. Dessa forma, de acordo com o princípio da subsidiariedade, a arguição prevista no art. 4 parágrafo 1º da lei da ADPF: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” De outro modo, a arguição do tipo incidental se relaciona à uma dimensão subjetiva sobre um caso concreto em que será avaliado pelo STF se a questão onde é identificada a contradição com os dizeres constitucionais é de interesse público.

Nesse contexto, Sarmiento (2001) salienta que houve, portanto, uma contribuição do legislador ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, conferindo maior maleabilidade à jurisprudência para que essa acomode mais facilmente às mudanças no mundo dos fatos e acompanhe o aperfeiçoamento da interpretação dos princípios constitucionais. Desse modo, será cabível a ADPF diante de atos, ação ou omissão, do poder público que violem os princípios previstos na Carta de 88. De acordo com o Lei n.9.882/99 o legislador estabelece a indeterminação no caput do artigo 1 do mesmo diploma legal⁶

⁵ A ADI trata da ação direta de inconstitucionalidade em que uma ação tem como objetivo declarar a inconstitucionalidade de determinados atos e leis federais e estaduais, de forma a combater os mesmos, pois, são contrários à CF. Diferentemente a ADC diz respeito a ação declaratória de constitucionalidade confirma a constitucionalidade de determinadas leis, pacificando a controvérsia judicial que diz respeito a tais leis ou atos normativos.

⁶ Ao se referir como preceito fundamental o legislador não é taxativo em especificar quais são os preceitos fundamentais sujeitos à reparação ou lesão que motivará a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De outra forma, vale citar a ADPF na modalidade Incidental que se relaciona com o controle difuso de constitucionalidade, pois representa um meio de provocar o STF sobre uma a controvérsia constitucional advinda de um processo subjetivo apreciado pelo juiz a *quo* ou qualquer tribunal, semelhante ao incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental somente os legitimados previstos no art. 103 da Constituição podem a propor. A decisão que julgar e que tratará da controvérsia constitucional, vincula não apenas o caso concreto que a provocou, como também, a todos os outros em que a mesma questão será discutida.

3.2 O posicionamento dos tribunais superiores e o ECI

Primeiramente, como situação fática que enseja a arguição de uma ADPF verifica-se o processo em que O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) buscou, por meio da protocolização da modalidade de arguição, no dia 27/05/2015, o reconhecimento da figura do “Estado de Coisas Inconstitucional”. A motivação da propositura foi relativa ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos encarcerados. Nesse sentido, o partido alegou que tais lesões decorrem de ações e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal. O relator do caso foi o Ministro Marco Aurélio, que defendeu como cabível a ADPF que requereu o reconhecimento de uma nova modalidade de inconstitucionalidade no Direito brasileiro, não prevista até então, o Estado de Coisa Inconstitucional, importado do Direito Colombiano. Neste certame, destaca-se a legitimidade do PSOL como partido político para a arguição do instrumento normativo e, ainda, o dever do STF de admitir ou não como procedente, desde que fundamente, o pedido do Partido, e ainda decidir sobre a medida cautelar requerida, vide a situação crítica presente nos presídios brasileiros.

Foi descrito no Relatório da ADPF como posicionamento do STF:

Assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos (BRASIL, 2015, ADPF 347, Inteiro Teor p. 6)

A priori, o quesito de lesividade de preceito fundamental, para que seja debatido o cabimento de Arguição, foi devidamente preenchido, pois, somente a ADPF poderia reconhecer o Estado de Coisa Inconstitucional presente na realidade carcerária, dada a especificidade do pedido de reconhecimento de tal estado que agrava o quadro de inconstitucionalidade generalizada não podendo ser arguida através de outros meios que tratam do controle de constitucionalidade, já especificados anteriormente neste estudo.

Dado o exposto, cabe o questionamento: Quais são os direitos violados, incluídos no conceito de “preceito fundamental” que motivaram a decisão dada como procedente a medida liminar da ADPF 347?

O Relator do caso atribui o estado deplorável dos presídios que inclui a superlotação dos presídios e outras inúmeras situações observadas no ambiente prisional que violam os direitos fundamentais da pessoa humana, contradizendo, portanto, a Constituição, e ainda, a função de ressocialização da pena destacando a falência da pena privativa de liberdade, já abordada anteriormente neste artigo. Ademais, nas palavras do Ministro Relator são enumeradas como situações agravantes:

[...] celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por

agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho (BRASIL, 2015, ADPF 347, Inteiro Teor, p. 9)

Ainda, em relatório, é exposto a situação crítica em que vivem as minorias sociais nos sistemas penitenciários, a situação das mulheres grávidas sendo privadas de tratamento médico e assistência no pré-natal e mesmo após o parto, não havendo ambientes adequados, como berçários para os recém-nascidos, vide a infraestrutura precária em que as mulheres privadas de liberdade estão inseridas. Nesse sentido, cabe ao STF prestar, em seu papel contramajoritário, a tutela jurisdicional sobre o bem da vida lesado, que não foi garantida aos apenados, principalmente às minorias sociais, quando submetidos a tutela do Estado, que as negligenciou ao ser inerte quanto a tomada de medidas que garantem os direitos fundamentais. De acordo com o previsto em decisão:

Sustenta que o cenário implica a violação de diversos preceitos fundamentais da Constituição de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. Articula com a inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país – Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2015, ADPF 347, Inteiro Teor, p. 11)

Nesse certame, a técnica do “Estado de Coisas Inconstitucional” advinda da Corte Colombiana é devida no caso em questão em que a responsabilidade recai sobre os três poderes em todos os níveis federais. Não obstante, o problema do ECI

abrange muito além da não formulação de políticas públicas penais ou interpretação da lei penal, mas da falta de coordenação do Poder Público para concretizá-las. Inexistem, portanto, medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, contribuindo para o agravamento da situação de complexidade diante da constante violação de garantias fundamentais previstas aos indivíduos privados de sua liberdade de ir e vir, submetidos à tutela penal. Nesse sentido nas palavras do ministro Marco Aurélio em relatório:

verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro (MARCO AURÉLIO, 2015, ADPF 347 MC)

Em decisão, o STF (BRASIL, 2015) decidiu por deferir algumas das medidas cautelares formuladas pelo autor, incumbindo aos juízes dos tribunais a realizarem audiências de custódia, à União que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional. Quase a totalidade das medidas que foram requeridas foram dirigidas ao Poder Judiciário, outras não foram apreciadas pois o tribunal temeu por interferir nos assuntos do Legislativo.

Nesse sentido, espera-se que, a partir da instauração e reconhecimento do ECI, sejam implementadas medidas efetivas que sanem os vícios perpetuados pelo Poder Público em ação ou omissão que viole os direitos fundamentais, o papel do Supremo visa acolher as verdadeiras vítimas do sistema carcerário brasileiro o “verdadeiro inferno dantesco” como metáfora utilizada na petição inicial do caso em questão. A decisão do Supremo deve reafirmar, e, portanto, catalisar debates de promoção de políticas públicas que devem ser devidamente coordenadas pelos poderes competentes para tanto, os poderes públicos da União. Somente desse modo, a partir da possibilidade de um diálogo institucional, o Estado Democrático de Direito é assegurado. Análogo à promoção do diálogo institucional, Dworkin (2010), defende como democracia não apenas como a decisão majoritária ou somatório das

vontades dos cidadãos, mas como o resultado de uma ação coletiva de um povo, refletida nos direitos e princípios fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico em prol do bem comum.

Por fim, é imprescindível afirmar que os mais recentes julgados no Brasil a respeito da situação crítica no sistema carcerário, reconhecem a impossibilidade de garantia do princípio fundamental da dignidade humana aos detentos. Como já abordado anteriormente, a decisão do órgão julgador em utilizar o ECI, destaca a falta de coordenação do Poder Público. Dessa forma, para que tal quadro crítico possa ser mitigado, é necessário um diálogo maior entre os três poderes visto a violação massiva e contínua de direitos fundamentais. Destaca-se, ainda, que o controle jurisdicional, exercido por competência originária do Supremo, quando provocado, não viabiliza a mudança da Estado de Coisa Inconstitucional, e, sim, majoritariamente, o reconhecimento da inadequação de ação e omissão do Poder Público. O entendimento jurisprudencial aponta, de acordo com o princípio de separação de poderes, que o judiciário não poderá exceder o limite de suas funções, pois deve respeitar a discricionariedade do Administrador Público o qual elaborará os meios adequados diante do objeto da decisão. O julgador, nesse sentido, deve somente apontar a finalidade de suas decisões, diante da violação massiva e contínua de direitos fundamentais que enseja a tomada de medidas institucionais emergenciais, para que os princípios fundamentais sejam de fato invioláveis. Nesse certame, alude Dworkin (2010), que a fiscalização de constitucionalidade é uma estrutura que está inserida na tensão e no diálogo entre os poderes.

CONCLUSÃO

Em relação aos fundamentos da ADPF nº 347, pode-se constatar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) surge como um importante instrumento de controle jurisdicional, promovendo a prevenção de

práticas inconstitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, conforme estabelecido pelo artigo 102 § 1º da Constituição Federal e regido pela Lei 9882//99. Neste contexto, além da inclusão das Cláusulas Pétreas e dos direitos fundamentais, a ADPF se apresenta como uma proteção extensiva contra lesões a estes direitos.

Ademais, a análise da ADPF nº 347, proposta pelo PSOL, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, revela a busca pelo reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional" (ECI) no sistema carcerário brasileiro, apontando violações à dignidade da pessoa humana. Mediante as notórias diferenças entre a realidade prisional e a legislação vigente, torna-se obrigatório a busca por soluções que superem tais violações, considerando a premissa de que todos, sem exceção, são titulares dos direitos fundamentais.

De acordo com as concepções doutrinárias a respeito da falência do sistema carcerário brasileiro, o "Estado de Coisas Inconstitucional" permanece materializado no sistema penitenciário brasileiro em uma grande contradição, sem perspectivas de mudanças, com a nossa Constituição Federal, lei suprema do nosso ordenamento jurídico que tem como fundamento os direitos e garantias fundamentais disponíveis a todos os cidadãos. Um antagonismo que se perpetua no tempo entre o ser e o dever ser, de uma matéria estabelecida por um Estado Democrático de Direito, através da separação dos poderes, que não se instrumentaliza jurisdicionalmente entre o legislativo, judiciário e executivo.

Em relação aos posicionamentos proferidos em decisão não somente dos tribunais superiores nacionais, como o Supremo Tribunal Federal, mas também, os internacionais como a Corte Constitucional Colombiana, direcionam a utilização da técnica do ECI para o reconhecimento de um grande atentado contra a dignidade humana cuja responsabilidade recai sobre os três poderes, visto a violação massiva de direitos fundamentais. Pode-se constatar que a decisão de importação do ECI para o direito brasileiro permitiu melhor visualização do atual contexto carcerário brasileiro, um sistema em que a garantia plena de dignidade humana enseja um plano quase intangível diante da realidade das penitenciárias brasileiras, mesmo

sendo o dever do Estado tutelar tal princípio fundamental. Isso se dá devido à falta de medidas do Poder Público, que se fez inerte diante do quadro crítico a que estão submetidos os apenados.

Dessa forma, somente com a apreciação do Judiciário, exercendo o controle de constitucionalidade de forma concentrada, apreciando a interposição da ADPF, pode-se verificar a possibilidade de que, por meio de processo judicial, os poderes públicos sejam obrigados a exercitarem seus deveres na medida de suas competências. Portanto, os poderes públicos terão de garantir o cumprimento de medidas que de fato protejam os submetidos à tutela penal, provendo a garantia do direito fundamental à dignidade humana. Ademais, diante do exposto, não há dúvidas de que deve haver maior diálogo institucional para que se mitigue a perpetuação da violação massiva dos direitos fundamentais dos privados de liberdade.

REFERÊNCIAS

AMADO, Fábio. A defensoria pública na prevenção e no combate à tortura. In: **Revista de direito da defensoria pública**. Rio de Janeiro, n° 28. 2018. Disponível em: [a-REVISTA 28 - ART. FÁBIO AMADO.pdf](#)

BITENCOURT, C.R. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n° 40, de 15 de fevereiro de 1991. **Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: [D0040 \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 05 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: [L7210 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/L7210). Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347**. Violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro. Disponível em: [ADPF347InformaosociedadevF11.pdf \(stf.jus.br\)](http://www.stf.jus.br/ADPF347InformaosociedadevF11.pdf). Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://www.stf.jus.br/paginador.jsp). Acesso em: 31 out. 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. atual e ampl. São Paulo: JusPodvim, 2023. Capítulo IX.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019, e1916. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

NUCCI, Guilherme, Souza de. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. rev, atual e ref. Rio de Janeiro: Forense e GEN, 2020. Capítulo II.

SARMENTO, D. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 224, p. 95–116, 2001. DOI: 10.12660/rda.v224.2001.47760. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47760>. Acesso em: 4 nov. 2023.