XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

BARTIRA MACEDO MIRANDA

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos

Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-769-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiania, teve por tema "CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO" e, dentre os grupos de trabalho, houve o "GT 3. Criminologias e política criminal II", com apresentações de trabalhos que contemplaram temas concernentes à crise do sistema punitivo e o estado de coisas inconstitucional; as políticas penais restritivas do acesso à Justiça; a política da intolerância; audiências de custódia; reconhecimento da diversidade étnica na execução penal; a seletividade e a ausência de cientificidade na tipificação de organização criminosa; limitação do poder punitivo estatal, no âmbito da aplicação de medidas de segurança; a vitimização indireta do feminicídio; castração química; a ressignificação da punição; justiça restaurativa; e a teoria dos diálogos institucionais.

Foram feitas as seguintes apresentações no GT 3:

1 – Roberto Carvalho Veloso – A crise do sistema punitivo: Uma análise do panóptico sob a visão de Jeremy Bentham e Foucault e o Pós-panóptico de Bauman;

2 – José Cristiano Leão Tolini e Rogério Pereira Leal – Habeas corpus – À contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário;

3 – Taise Rabelo Dutra Trentin – Audiência de custódia: Benefícios e dificuldades na sua implementação;

4 – Waldilena Assunção – Direitos culturais na execução penal: Entre políticas hegemônicas e reconhecimento à diversidade étnica;

5 – Gabriel de Castro Borges Reis – Da tipificação de organização criminosa: Uma criminalização não científica e seletiva;

6 – Wanessa Oliveira Alves – O sistema prisional Brasileiro: A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Conselho Nacional de Justiça e a terceirização com a finalidade de reverter o estado de coisas inconstitucional;

7 – Laís Freire Lemos – A limitação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito em face do princípio da separação dos poderes: Uma análise do recurso especial 580.252/MS;

8 – Marcelo Matos de Oliveira e Sérgio Henriques Zandona Freitas – A medida de segurança e os direitos humanos: A periculosidade à luz da lei 10.216/2001 e da necessidade de limitação do poder punitivo do Estado;

9 – Valdir Florisbal Jung – Órfãos do feminicídio: Vítimas indiretas da violência contra a mulher;

10 – Andressa Tanferri Sentone – A política da intolerância e os discursos repressivos justificadores da pena;

11 – William Rosa Miranda Vitorino – Castração química no Brasil: Uma abordagem epistemológica;

12 – Alanna Caroline Gadelha Alves – Entre o castigo e a penitência: Fundamentos comportamentais para uma ressignificação da punição no sistema prisional brasileiro;

13 – Victor Fernando Alves Carvalho – Que consenso é esse? Problematização da Justiça Criminal "consensual" na perspectiva da justiça restaurativa; e,

14 – Débora Gonçalves Tomita – O fracasso da prisão: ADPF 347 e a teoria dos diálogos institucionais.

Os debates foram intensos e com grande profundidade, tanto no recorte da criminologia, quanto no da política criminal. Ganhou destaque a crise do sistema prisional brasileiro, sendo mesmo destacado se efetivamente está em crise ou se está cumprindo seu papel. Os referenciais teóricos apresentados pelos participantes representavam uma gama de pesquisadores que garantiram profundidade aos textos elaborados e às apresentações realizadas. As pesquisas desenvolvidas pelos participantes são das mais relevantes para a sociedade contemporânea, principalmente no que concerne ao tema central do Encontro do Conpedi, quanto à criminologia e às politicas criminais.

Goiânia, 28 de junho de 2019.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP

Prof. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O FRACASSO DA PRISÃO: ADPF 347 E A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

THE FAILURE OF PRISON: ADPF 347 AND THE THEOTY OF INSTITUTIONAL DIALOGUES

Débora Gonçalves Tomita [1]
Mariana de Mello Arrigoni [2]

Resumo

As prisões brasileiras são símbolo de violação aos direitos fundamentais. Assim, se analisará a decretação do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as críticas feitas a essa decisão. Além disso, será verificada a possibilidade de utilização da teoria dos diálogos institucionais, surgida no Canadá, como forma de dar efetividade à decisão do STF e de resguardar os direitos humanos fundamentais dos presos enquanto minorias. O método de abordagem utilizado é o método indutivo, enquanto como método de procedimento foi utilizado o monográfico, bem como foi realizada pesquisa bibliográfica, de decisões e textos acerca do tema.

Palavras-chave: Prisão, Direitos humanos fundamentais, Estado de coisas inconstitucional, Ativismo judicial, Teoria dos diálogos institucionais

Abstract/Resumen/Résumé

Brasilian prisons are symbol of the human rights' violation. Therefore, it will be analysed the statement of unconstitutional state of affairs by Brazil Supreme Court and the critics against this ruling. Furthermore, it will be verified the possibility to apply the theory of institutional dialogues, arisen in Canada, as a way to give effectiveness to the STF's decision and to protect the fundamental human rights of inmates as a minority. The approach method used is the inductive method, while the procedure method utilized was the monographic method, as well as bibliographical research, of judicial rulings and texts about the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prison, Fundamental human rights, Unconstitutional state of affairs, Judicial activism, Theory of institutional dialogues

---

[1] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. E-mail: debora.tomita@gmail.com

[2] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UniFil. Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL. E-mail: arrigonimariana@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional no Brasil é palco da violação de diversos direitos fundamentais. Dados demonstram o estado caótico em que se encontram as prisões: superlotação, falta de acesso a bens indispensáveis (como água encanada, colchão ou papel higiênico), alimentação de péssima qualidade, mau odor, lixo e esgoto dentro das celas, entre outros fatores.

Os apenados ainda passam por inúmeras situações de violência física (perpetrada pelos outros presos ou pelos guardas), verbal e sexual, acabando por cumprir uma pena muito mais gravosa do que aquela à qual foram sentenciados.

Em razão da situação degradante dos cárceres brasileiros, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou, no ano de 2015, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 347/DF, a fim de ver declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional no Brasil, além de outras medidas.

Entretanto, a declaração do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) foi alvo de diversas críticas, direcionadas principalmente à possível invasão dos outros Poderes constituídos devido ao ativismo judicial.

Como meio de sanar esse importante apontamento, dar efetividade à decisão do STF e resguardar os direitos dos presos enquanto minoria apresenta-se como possibilidade a aplicação, no âmbito da ADPF nº. 347/DF, da teoria dos diálogos institucionais, surgida no Canadá.

Tal análise é relevante como forma de buscar uma maneira de dar efetividade à decisão do Supremo Tribunal Federal sem violar o preceito constitucional da separação dos Poderes, e assim resguardar os direitos humanos dos presos como minoria.

Assim, será analisada a decisão liminar proferida pelo STF no âmbito da ADPF nº. 437/15, que decretou o sistema prisional brasileiro como estado de coisas inconstitucional, bem como as críticas apresentadas ao posicionamento do Supremo.

A seguir, será apresentada a teoria dos diálogos institucionais como possibilidade de efetivar a decisão, a fim de tentar solucionar a principal crítica levantada, de que ela feriria o princípio da tripartição dos Poderes.

O método de abordagem a ser utilizado é o método indutivo, uma vez que se partirá de premissas particulares, explicitadas na análise da situação das prisões no Brasil, da declaração do estado de coisas inconstitucional pelo STF no julgamento da medida liminar da ADPF nº. 347/DF e da teoria dos diálogos institucionais, para possibilitar a proteção dos direitos fundamentais dos presos sem ferir o princípio democrático da tripartição dos Poderes.

Quanto ao método de procedimento, será utilizado o método monográfico, haja vista que a análise partirá de um grupo específico – os presos – para obter uma generalização (acerca da utilização da técnica dos diálogos institucionais para efetivação de direitos humanos). Será realizada pesquisa bibliográfica, a partir do Acórdão da Decisão Liminar da ADPF nº. 347/DF e de textos acerca da matéria e dos institutos analisados.

2 A SITUAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A situação do sistema prisional no Brasil é caótica. Os problemas que envolvem as prisões são bem conhecidos, assim como os seus efeitos. Entretanto, esse panorama não é recente, podendo ser observado desde há muito tempo na história da pena restritiva de liberdade.

Michel Foucault (2006) afirma que a prisão é uma instituição fadada ao fracasso desde o seu surgimento. Sua hipótese é que a prisão esteve, desde a origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos. Desde que foi implantada, ela deveria ser um instrumento disciplinar tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital e agir com precisão sobre eles. Ocorre que "o fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto" (FOUCAULT, 2006, p. 131).

Os reformadores franceses, ao repensarem a forma de punir, elaboraram discursos humanistas e transformadores, com o intuito de legitimar a pena de prisão como forma punitiva ideal. Tais promessas, porém, não se concretizaram, uma vez que a prisão era incapaz de recuperar os detentos e transformá-los positivamente. Nesse mesmo sentido, aduz Foucault (2015, p. 63):

> Quando se estabeleceram as prisões, era para fazer delas instrumentos de reforma. Isso fracassou. Imaginou-se que o internamento, a ruptura com o meio, a solidão, a reflexão, o trabalho obrigatório, a fiscalização contínua, as exortações morais e religiosas conduziriam os condenados a se emendar. Cento e cinquenta anos de fracasso não dão ao sistema penitenciário um título para pedir que se lhe tenha confiança. Essa frase foi com frequência excessivamente repetida para que se lhe conceda ainda o menor crédito.

A prisão fora denunciada, portanto, como o grande fracasso da justiça penal. Ainda assim, desde o seu implemento como principal modo de punir, localizado historicamente entre os séculos XVIII-XIX, os problemas relacionados ao sistema carcerário, embora bastante conhecidos, ao invés de serem combatidos, aumentaram. No que concerne ao Brasil, esse

cenário inclui uma série de ilegalidades e o desrespeito a diversos direitos fundamentais dos presos.

Uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) organizada pela Câmara dos Deputados investigou as prisões brasileiras nos anos de 2007 e 2008 e chegou às seguintes conclusões: de acordo com dados do mês de dezembro de 2007, a população carcerária do Brasil era de aproximadamente 422.590 presos. No entanto, o sistema possuía apenas 275.194 vagas, consistindo um déficit de 147.396 vagas. Além disso, a referida CPI concluiu que nenhum dos presídios cumpria o disposto na Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP), que prevê que cada apenado deve ser alojado em cela individual, de 6m², com dormitório, aparelho sanitário e lavatório (BARCELLOS, 2010, p. 42).

Em dados mais recentes do Conselho Nacional do Ministério Público, com referência ao ano de 2017, constatou-se que a capacidade do sistema prisional brasileiro era de 411.466 vagas, sendo que havia 679.459 pessoas presas. Desta feita, a taxa de ocupação é de 165,13%, apresentando um déficit de 267.993 vagas (BRASIL, 2018, n/p).

Depreende-se desses dados que em cerca de dez anos a população carcerária brasileira aumentou em mais de duzentas mil pessoas, sendo que as instalações penais não foram ampliadas para atender tal demanda.

A superlotação, não obstante, não é o único problema das prisões no Brasil (embora contribua muito para o cenário como um todo).

A supracitada CPI também observou outras infrações gravíssimas aos direitos dos condenados nos estabelecimentos penais brasileiros. Frequentemente, os presos não têm acesso à água em quantidades minimamente razoáveis para higiene ou para consumo; ainda, é comum a contaminação das celas por esgoto corrente e que haja lixo nelas permanentemente, inclusive dejetos humanos em garrafas de refrigerantes nos cantos das celas, pois não há sanitários suficientes. Em diversos casos, vasos sanitários sem descarga servem a mais de setenta apenados em uma mesma cela, sendo que a água para limpeza é jogada apenas uma vez por dia. É igualmente frequente que não haja divisórias entre o aparelho sanitário e o restante da cela, e os presos devem utilizá-lo na presença dos outros. Ademais, é raro o acesso à água para higienização das mãos.

Além disso, no relatório elaborado pela CPI consta que praticamente não há colchões, ou há em quantidade insuficiente. Os alimentos em geral são escassos e de péssima qualidade, quando não são servidos estragados. Em vários presídios, a refeição é servida em sacos plásticos e os presos necessitam comer utilizando as mãos, por não possuírem talheres. A falta desses recursos dá origem a um “mercado negro” nos estabelecimentos. As celas

também não possuem controle térmico e, em algumas, a temperatura chega a cinquenta graus *Celsius* no verão (BARCELLOS, 2010, p. 42-43).

Os apenados não recebem material de higiene tais como papel higiênico ou escova de dente. As mulheres também não recebem absorventes íntimos, já tendo sido constatado o uso de miolo de pão pelas detentas para conter o fluxo menstrual. Além disso, os condenados são submetidos a práticas violentas perpetradas entre si (massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação, esquartejamento), bem como tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha e ofensas verbais (BRASIL, 2016, p. 24).

Dos dados e informações acima colacionados, percebe-se que as violações aos direitos fundamentais dos encarcerados são rotineiras e abrangem todos os estabelecimentos do país. Os presos não têm acesso a itens básicos como água e alimentação apropriada. Além da escassez de recursos, são violados em seu corpo e individualidade, vítimas de agressões físicas, verbais e sexuais, que ofendem diretamente a sua dignidade.

Essas condições subumanas a que a população carcerária encontra-se submetida impedem, por óbvio, a transformação positiva dos indivíduos e sua reinserção na sociedade. Conforme atestado por Foucault (2014, p. 266) e já ressaltado anteriormente, o fato de a prisão não cumprir suas finalidades de "ressocialização" não constitui surpresa, haja vista que esse fato – o seu "fracasso" – foi constatado no momento mesmo de sua implantação.

Entretanto, a realidade prisional, na qual os apenados sequer são separados de acordo com critérios básicos como a periculosidade do agente, converte a prisão em "escola do crime", afastando de vez a possibilidade de reinserção social. Nesse contexto, o Brasil apresenta taxas de reincidência criminal que chegam a setenta por cento, o que demonstra que aumentar o aprisionamento não reduz, em absoluto, a criminalidade (BRASIL, 2016, p. 10).

Em que pese tais constatações, a realidade do sistema prisional brasileiro não se alterou significativamente ao longo dos anos. Os estabelecimentos penais continuam apresentando os mesmos problemas desde sua instalação, que só foram acrescidos de outros, mas não foram sanados.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 2002, condenou o Brasil a implementar uma série de medidas para garantir a vida e a integridade física dos presos no Presídio Urso Branco, localizado em Rondônia, um dos maiores estabelecimentos da região norte do país. As determinações não foram cumpridas e o Brasil teve que comparecer novamente à Corte em outubro de 2009 para prestar esclarecimentos. Em 2010, por sua vez, os representantes brasileiros compareceram em sessão paralela à 13ª Reunião do

Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) para novas explicações, dessa vez acerca dos presídios do Estado do Espírito Santo (BARCELLOS, 2010, p. 44-45).

Isso comprova que as infrações cometidas contra os direitos individuais dos presos no Brasil são notórias, conhecidas inclusive pela comunidade internacional. Não obstante, mesmo com a condenação e com os pedidos de esclarecimento de órgãos voltados à proteção dos direitos humanos, a situação deplorável das prisões persiste.

Além da repercussão internacional, há no país diversas ações cujo objeto diz respeito às condições degradantes dos presídios. São algumas das ações apresentadas para julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF): Recurso Extraordinário (RE) nº. 580.252/MS, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, visa à imposição de indenização aos presos que cumprem pena em situações indignas; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº. 5.170/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, objetiva declarar a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos detentos submetidos a condições subumanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária; RE nº. 641.320/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual foi reconhecida a repercussão geral da matéria relativa ao direito do condenado que está em regime semiaberto de cumprir pena em regime aberto ou em prisão domiciliar quando não houver acomodação adequada no sistema prisional; ADIn nº. 5.356/MS, de relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin, que impugna lei estadual por meio da qual foi estabelecida obrigação de instalar bloqueadores de sinais de radiocomunicação nos estabelecimentos prisionais; RE nº. 592.581/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que reconheceu a repercussão geral da matéria, acerca da possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os Estados a realizarem obras nos presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos (BRASIL, 2016, p. 19-20).

Destarte, a situação caótica do sistema carcerário brasileiro é bem conhecida tanto no âmbito interno quanto no internacional, sendo que as reiteradas violações aos direitos humanos dos presos têm sido objeto de diversos processos. Não obstante, não foi efetuada nenhuma mudança significativa no sistema prisional, que continua com os mesmos problemas já observados há cerca de dois séculos, desde sua implantação.

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Em razão desse panorama, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou, no ano de 2015, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 347/DF, visando, entre outras coisas, ao reconhecimento do sistema prisional brasileiro como estado de coisas inconstitucional.

O estado de coisas inconstitucional foi definido pela Corte Constitucional da Colômbia, no julgamento da *Sentencia de Unificación* (SU) nº. 559, de 1997, que julgou ação movida por professores em razão da violação sistemática de seus direitos previdenciários pelas autoridades públicas. Em razão dessa declaração, a Corte colombiana determinou aos municípios envolvidos na demanda a superação do quadro inconstitucional, a ser realizada em prazo razoável[1].

A caracterização do estado de coisas inconstitucional necessita do enquadramento a três pressupostos principais. São eles: I. Situação de violação generalizada de direitos fundamentais; II. Inércia ou incapacidade reiterada ou persistente das autoridades públicas em modificar a situação; III. A superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (BRASIL, 2016, p. 29).

Uma vez que o atual cenário do sistema prisional brasileiro se encaixa nos requisitos acima elencados, o plenário do Supremo Tribunal Federal o declarou, no Acórdão da Decisão Liminar da ADPF nº. 347/DF, como estado de coisas inconstitucional:

> SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Tal decisão foi tomada pelo STF por entender que a situação de desrespeito aos direitos dos presos não é exclusiva de alguns presídios, mas se estende a todas as unidades da federação. Posto isso, se deve reconhecer a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2016, p. 24).

---

[1] O objeto da demanda foi definido na sentença da seguinte forma: "*Se trata de establecer si los alcaldes de María la Baja y Zambrano vulneraron los derechos fundamentales de los actores - docentes a su servicio - a través de la omisión de su afiliación a un fondo de prestaciones sociales, todo ello a pesar de la obligación legal de afiliarlos y de que, además, a los educadores se les descuenta un porcentaje de su salario mensual para tal fin*". A *Sentencia de Unificación* nº. 559 de 1997 encontra-se disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

Desnecessário frisar a ilegalidade de tal situação, haja vista que o preso é custodiado do Estado, estando sob a responsabilidade deste. Assim, cabe ao poder público prover os meios necessários para sobrevivência digna dos presos, bem como garantir sua integridade física e assistência à saúde.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao julgar o Recurso Extraordinário nº. 580.252/MS, asseverou que: "(...) 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, 2016, p. 10).

Ao declarar o estado de coisas constitucional, o Tribunal Constitucional age como um coordenador institucional, ajudando órgãos estatais a superar barreiras políticas e estruturais, além de implementar o diálogo com a sociedade civil (SOMBRA, 2016, p. 650). Logo, o reconhecimento das violações deve abrir espaço para superação da situação de inconstitucionalidade, constituindo um primeiro passo.

A declaração do estado de coisas inconstitucional é um exemplo de ativismo do Poder Judiciário, que abandona uma postura de mera aplicação da lei e atua interpretando o fato concreto de acordo com valores, princípios e normas da Constituição Federal.

O papel ativista do Judiciário é marca de uma nova forma de pensar a relação entre o ordenamento jurídico e a Constituição, conhecida como neoconstitucionalismo. Este possui como marco filosófico o neopositivismo, que busca ir além da legalidade estrita (positivismo), porém, sem desprezar o direito posto. Busca empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas (que era o que defendia o jusnaturalismo) (BARROSO, 2005, p. 06).

Destarte, o neoconstitucionalismo implica em interpretar o direito levando em consideração a supremacia do texto constitucional, bem como os valores e princípios dele inerentes. O Judiciário passa a analisar o fato concreto levando em consideração a melhor integração com o que dispõe a Lei Maior. O objetivo é garantir a efetividade dos direitos fundamentais que podem estar ameaçados pela vontade da maioria em um regime democrático.

O papel das Cortes Constitucionais, nesse contexto, é fundamental para fazer prevalecer os direitos das minorias, impedindo que estes sejam massacrados pelas maiorias. Só assim torna-se possível a efetivação da Constituição:

> Pode-se argumentar que uma constituição rígida não é ainda uma limitação às maiorias parlamentares a não ser que haja uma instituição independente que decida se as leis estão em conformidade com a constituição. Se o parlamento for o juiz das suas próprias leis, pode facilmente ser tentado a resolver quaisquer dúvidas a seu favor. A solução geralmente encontrada é dar aos tribunais ou a um conselho constitucional especial o poder de revisão judicial – isto é, o poder de verificar a constitucionalidade das leis aprovadas pela legislatura nacional. (LIJPHART, 1989, p. 248)

Pode-se afirmar, dessa forma, que o Supremo Tribunal Federal deve adotar uma posição contramajoritária para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

No âmbito da ADPF nº. 347/DF, o relator, Ministro Marco Aurélio, argumentou que, em que pese o STF deva dar atenção às reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer a missão de defesa das minorias, do papel contramajoritário em reconhecer os direitos daqueles que a sociedade repudia e dos quais os poderes públicos se esquecem, ou fazem questão de ignorar (BRASIL, 2016, p. 21).

Em um Estado Democrático de Direito, deve haver um equilíbrio entre a vontade da maioria e os direitos da minoria, que não podem ser ignorados. É em busca desse equilíbrio que se justifica a atuação protagonista do Poder Judiciário.

Isso porque o princípio da maioria não se encontra assentado no absolutismo da maioria ou na opressão das minorias, o conceito de democracia não pode restringir-se ao governo da maioria. O direito da maioria deve respeitar o das minorias. Até porque, em uma democracia, uma minoria pode vir a tornar-se uma maioria (CAMBI, 2016, p. 22).

No caso particular da ADPF nº. 347/DF, pleiteia-se a proteção aos direitos das pessoas que se encontram cumprindo penas restritivas de liberdade em estabelecimentos prisionais do país. Não é segredo algum que tal grupo minoritário – assim considerado embora bastante numeroso – não encontra muita sensibilidade na sociedade, que em geral não se apieda das condições dos presos no cárcere. Daí se compreende a razão de não haver políticas públicas efetivas para melhorar as condições dos presídios.

Os bloqueios e desacordos políticos encontram razão, portanto, na sub-representação parlamentar e na impopularidade dos apenados. A primeira decorre do fato destes indivíduos ficarem impossibilitados de votar e serem votados (seus direitos políticos ficam suspensos durante o cumprimento da pena). A segunda provém da configuração dos presos como minoria socialmente desprezada (BRASIL, 2016, p. 24).

Do ponto de vista social, há uma ausência de identificação para com os presos, que não são enxergados como pessoas. Ao menos, não são considerados seres dotados de dignidade, havendo um grande abismo construído entre “nós” e “eles”.

Isso porque, culturalmente, o Brasil ainda não foi capaz de incorporar as noções de igualdade essencial dos indivíduos e da dignidade de cada ser humano. A concepção de dignidade na sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano (BARCELLOS, 2010, p. 52).

Em razão desse quadro de reiterado desrespeito à humanidade e aos direitos fundamentais dos presos é que o STF declarou o estado de coisas inconstitucional dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Entretanto, a decisão tomada pelo pleno do Tribunal foi alvo de diversas críticas.

A primeira delas argumenta que a decretação do estado de coisas inconstitucional na ADPF nº. 347/DF não garante que o Brasil vai superar as condições desumanas presentes nas prisões. Isso porque muito da situação caótica dos presídios se deve à superpopulação carcerária, existente em razão do aprisionamento por qualquer crime ao invés da aplicação de medidas alternativas (SOMBRA, 2016, p. 650).

Outra crítica diz respeito à possibilidade de, em razão do precedente, qualquer coisa ser considerada inconstitucional, simplesmente por não atender a algum comando da Constituição. Assim, seria temeroso um retorno ao jusnaturalismo, haja vista que o estado de coisas inconstitucional se refere a fatos, não a normas (como é o caso da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIn), bem como seria temerosa a sobrecarga de ações para reconhecimento do estado de coisas inconstitucional por qualquer motivo (STRECK, 2015, n/p).

Insta salientar que essa sobrecarga de ações, porém, não ocorreu, sendo a ADPF nº. 347/DF a única ação julgada pelo STF, até o momento, na qual foi declarado o estado de coisas inconstitucional.

Não obstante, a crítica mais recorrente à decretação do estado de coisas inconstitucional diz respeito à possível violação do princípio da tripartição dos Poderes, em razão do ativismo judicial da decisão.

Neste sentido, o esforço para fazer o STF protagonista das políticas públicas sem mudar o sistema de governo pode criar uma grande tensão entre o Executivo, o Congresso e o Judiciário ao invés de promover um desenvolvimento institucional. Uma decisão do Tribunal que meramente pronuncia o estado de caos inconstitucional não contribui para os valores democráticos de um regime republicano (SOMBRA, 2016, p. 652).

Acerca da primeira crítica – que alega que a decretação do estado de coisas inconstitucional na ADPF nº. 347/DF não garante que as inconstitucionalidades serão superadas – é necessário fazer uma concessão. De fato, não há como ter essa certeza, mesmo porque a decisão judicial é, como apontado anteriormente, um primeiro passo para a superação, e não o caminho todo.

Outrossim, as decisões judiciais, para serem efetivas, necessitam ser cumpridas por outros atores. Insta frisar que o Brasil já foi chamado a prestar esclarecimentos por órgãos internacionais, e ainda assim pouco foi feito. Dessa maneira, a decisão liminar da ADPF nº. 347/DF teve também o condão de chamar as autoridades à responsabilidade, pois pouquíssimo havia sido feito com relação aos presídios, enquanto o número de pessoas presas aumentou consideravelmente nos últimos dez anos.

A decretação do estado de coisas inconstitucional, no tocante à matéria analisada, é importante para asseverar que a questão penitenciária, transcendendo a esfera regional, tornou-se um problema de dimensão nacional (e que envolve todos os Poderes), devido ao crônico e lesivo inadimplemento das obrigações estatais, culminando no desrespeito às disposições da LEP (BRASIL, 2016, p. 160).

A terceira crítica, acerca da invasão da esfera dos demais Poderes pelo Judiciário, será abordada mais detalhadamente no próximo capítulo.

4 A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A crítica referente ao protagonismo judicial do Supremo Tribunal Federal ao decretar o estado de coisas inconstitucional no julgamento liminar da ADPF nº. 347/DF merece ser analisada de maneira mais cuidadosa.

Há quem defenda que o estado de coisas inconstitucional é uma forma de ativismo judicial. No caso em análise, argumenta-se que resta claro que o STF está mais focado não em esclarecer procedimentos teóricos ou trabalhar pela legitimidade de seu ativismo judicial, mas sim parece seduzido a mostrar ainda mais poder (SOMBRA, 2016, p. 652).

Nesse sentido, haveria desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, haja vista que o Poder Judiciário determinaria providências a serem tomadas no âmbito do Executivo e do Legislativo, contrariando a própria Constituição Federal.

Em que pese a crítica acima referida, há justificativas que legitimam a atuação ativa do STF nessa matéria, sem que configure invasão das atribuições dos demais Poderes. A

primeira delas, que já foi explanada alhures, é a garantia dos direitos humanos dos presos (previstos, inclusive, na Constituição de 1988).

A forte violação de direitos fundamentais, que alcança inclusive a transgressão à dignidade humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Supremo. Além disso, no caso, apenas o STF revela-se capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem o avanço de soluções, cabendo ao Tribunal retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados (BRASIL, 2016, p. 160).

A preocupação com o respeito às esferas de atividade dos demais Poderes foi tanta que muitos dos Ministros, no julgamento da liminar da ADPF nº. 347/DF, justificaram em seus votos a atuação do Supremo na matéria, bem como ressaltaram a responsabilidade do Judiciário:

> Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente à situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático. (Relator Ministro Marco Aurélio)
> Pondero que este caso demonstra justamente que a separação entre os Poderes e a política democrática muitas vezes são invocados como escusas para impedir a atuação, em especial diante da inércia intencional e sistemática dos demais Poderes, de quem deve guardar a Constituição. Não creio que a ADPF 347 esteja sendo utilizada para fazer do STF um espaço de debate constituinte permanente ou para tencionar um uso indevido de sua competência. Ao contrário, quando os direitos de minorias excluídas são sistematicamente violados, é o Poder Judiciário o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal deve deles fazer a sua morada. (Ministro Luiz Edson Fachin)
> (...) essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo é precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria. Por fim, a justificar a atuação do Judiciário, o preso está preso por uma decisão do Estado, ele está sob um relação (*sic*.) especial de sujeição para com o Estado. Portanto, o Estado tem deveres mínimos de proteção em relação a esse indivíduo. (Ministro Luís Roberto Barroso)
> (...) de alguma forma, o Poder Judiciário também tem um grande campo de atuação, de contribuição para amenizar essa grave situação do sistema penitenciário brasileiro. (Ministro Teori Zavascki)
> (...) a jurisdição constitucional não se esgota só nas ponderações de valores e, às vezes, até na técnica de subsunção de um caso à lei. Eu entendo que a Suprema Corte, que é a última palavra do Judiciário – quer queira ou quer não, está previsto na Constituição – tem que ter um efeito pedagógico. (Ministro Luiz Fux)
> Então, acho que é preciso realmente que a gente repense esse modelo [prisional] e a forma de se cumprir a Constituição. E nessa arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, claro, nós estamos julgando o que é pedido para tentar superar de imediato uma situação de urgência. Isso, a meu ver, precisa ser devidamente repensado para que a gente tenha uma grande transformação e dê cumprimento à lei. E há modelos novos para se dar cumprimento à lei, não faltam leis. (Ministra Cármen Lúcia)
> A situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, nós não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da

> Administração, porque somos administradores do sistema. (Ministro Gilmar Mendes)
> Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência [a atribuição de formular e de implementar políticas públicas] poderá atribuir-se, embora excepcionalmente , ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (Ministro Celso de Mello)
> Legítima [a intervenção jurisdicional] porque esse estado insuportável se tornou permanente, tendo em conta ações e omissões das autoridades públicas responsáveis pelo Sistema Penitenciário Brasileiro (Ministro Ricardo Lewandowski) (BRASIL, 2016, p. 32/50/73/96/114/124/137/168/179).

Dos argumentos trazidos pelos Ministros do STF em seus votos, pode-se depreender que a intervenção jurisdicional se justifica, na matéria analisada, por dois motivos: pela violação grave de direitos fundamentais de uma minoria (os presos), atingindo sua dignidade humana e desrespeitando o mínimo existencial; e em razão da inércia dos poderes públicos – incluído o Judiciário – na efetivação de medidas capazes de solucionar os problemas constatados nos estabelecimentos prisionais e em cumprir o disposto na Lei Maior e na LEP.

Apenas o fato de se tratar de um direito fundamental reconhecido na Constituição já basta para que se possa impor às maiorias medidas necessárias para assegurá-los. Esses direitos formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder e vinculam as maiorias, pois, além de consistirem em elementos valorativos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem exigências indispensáveis ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática (CAMBI, 2016, p. 24).

Portanto, ter assegurados os direitos fundamentais pela Suprema Corte fortalece a democracia, e não o contrário. O exercício das garantias constitucionais permite o funcionamento do Estado e a liberdade dos indivíduos, razão pela qual se fala atualmente na existência do Estado Democrático de Direitos Fundamentais.

Necessário frisar que essa intervenção judicial, no entanto, não pode ser feita de acordo com o mero desígnio do juiz. Ela deve ser feita apenas no intuito de preservar a efetivação dos direitos fundamentais que são violados, em especial para evitar o massacre dos direitos das minorias. “(...) a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. (...) E muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los” (BARROSO, 2005, p. 50).

A intervenção jurisdicional não é ampla e incondicionada, mas depende da ocorrência prévia da violação aos direitos fundamentais. Nesse caso, o Judiciário não pode se furtar de tutelar esses direitos. Assim, o protagonismo judicial se justifica dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica, sempre por meio de decisões motivadas e voltadas à legitimação do exercício do poder jurisdicional (CAMBI, 2016, p. 319).

Compreendida a atuação ativista do Judiciário em face de violação de direitos fundamentais constitucionais, passar-se-á à análise da teoria dos diálogos institucionais como possibilidade de dar efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal, mormente na matéria da ADPF nº. 347/DF.

A teoria dos diálogos institucionais surgiu no Canadá, após a edição da "Carta de Direitos e Liberdades", em 1982, tendo sido suscitada a questão da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. A resposta para esse problema foi a de que o controle seria parte do diálogo entre os juízes e os legisladores, ou seja, a decisão judicial se abre para correções pelo Legislativo (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 190).

Destarte, a decisão da Suprema Corte não é a palavra final – mesmo no caso do controle de constitucionalidade, mas abre caminho para o Legislativo manifestar-se, tornando a matéria interinstitucional.

Essa teoria ganha importância na medida em que a associação entre constitucionalismo e supremacia judicial, que é marcada pela prerrogativa da última palavra sobre interpretação das normas constitucionais, tem sido questionada de forma crescente. Tal questionamento diz respeito à dificuldade contramajoritária, decorrente da existência de um déficit democrático de cortes formadas por juízes vitalícios que não foram escolhidos pelo voto popular nem se submetem a eleições, para invalidar atos que são fruto da deliberação política de representantes eleitos pelo povo (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 113).

Os diálogos institucionais, portanto, aparecem como solução possível para esse embate entre o Judiciário (intérprete e protetor da Constituição) e o Legislativo (autor das leis com legitimidade popular). Com a contribuição dos Poderes, elimina-se a hipótese de invasão de atribuições, já que nenhum deles seria detentor da palavra final.

No sistema jurídico brasileiro, a teoria dos diálogos institucionais se ajusta de forma ideal, uma vez que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 2º que "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Logo, a harmonia entre os Poderes constituídos deve reinar ao lado de sua independência. Ao mesmo tempo em que não é admissível a interferência de um Poder sobre os demais, não é aceitável que eles não cooperem uns com os outros.

Além disso, o artigo 102, §2º, da Lei Maior aduz:

> As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em outras palavras, as decisões tomadas pelo STF, ao julgar ADIn e ADPF, não vinculam o Poder Legislativo, apenas os órgãos judiciais e administrativos. Pode-se depreender, então, que a Constituição de 1988 possibilitou ao Legislativo discordar do entendimento do Judiciário.

Essa possibilidade constitucional de reação do Poder Legislativo às decisões emanadas pelo Judiciário compreende uma forma de se evitar o autoritarismo, posto que os membros do Tribunal não possuem soberania popular. Se o Legislativo estivesse vinculado ao entendimento firmado pelo STF, o poder pertencente à Suprema Corte seria impermeável a qualquer influxo democrático e, portanto, marcado por contornos autocráticos – o que é incompatível com a democracia (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 113-114).

A intenção ao se abrir o diálogo, não só entre os Poderes constituídos, mas entre os diversos atores sociais, é a de fortalecer o princípio democrático, com base nas diferentes interpretações e abordagens de determinada matéria.

Sobre tal desiderato, manifestou-se o Ministro Luiz Fux em seu voto no julgamento da ADIn nº. 5105/DF:

> A interpretação e a concretização da Constituição, seguindo essa premissa, não podem ficar adstritas às Cortes, mas, em especial, devem ser realizadas por meio de interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade. Se se caminha no sentido de pluralizar a interpretação constitucional, de modo a compreender a Carta da República como um Estatuto Fundamental da comunidade política, seria um retrocesso pintar em fortes tintas a concepção juriscêntrica nesta seara (BRASIL, 2015, p. 13).

A aposta dessa teoria é que, com a união de conhecimentos provenientes de diferentes fontes, a dificuldade contramajoritária seria atenuada, já que os outros Poderes e o próprio povo participariam da construção do significado da Constituição. Os diálogos garantiriam que os ramos do Poder que necessitam prestar contas periodicamente para seus eleitores respondam às decisões judiciais com as quais não concordam (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 197).

No caso da ADPF nº. 347/DF, a teoria dos diálogos institucionais seria adequada para combater o argumento de que a decretação do estado de coisas inconstitucional seria uma forma de ativismo judicial, como se o Poder Judiciário estivesse buscando se sobressair aos demais Poderes.

Isso porque não se pode confundir supremacia judicial com soberania judicial. Há coordenação entre os Poderes da União, não subordinação. Aos legisladores será sempre possível, no âmbito dos diálogos, a aprovação de emendas constitucionais e a edição de leis ordinárias ou complementares sobre temas já decididos pelo STF, desde que tragam novos fundamentos que superem o entendimento do Tribunal. Esse exercício não consiste em afronta ao Judiciário, mas em manifestação dialogal da democracia representativa (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 119).

A ação analisada requereu a adoção de diversas medidas, sendo que, dos pedidos liminares, sete se dirigiam ao Poder Judiciário e um ao Executivo. No mérito, além da declaração do estado de coisas inconstitucional, a ADPF requereu a elaboração de planos pelo Poder Executivo federal, dos Estados e do Distrito Federal para solucionar a situação desastrosa dos presídios, que deveriam ser avaliados e monitorados pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016, p. 14-18).

Observa-se que os requerimentos envolvem dois dos Poderes constituídos – Executivo e Judiciário, bem como a matéria – violação de direitos fundamentais nos estabelecimentos prisionais no Brasil – pode ainda ser alvo de edição de novas leis pelo Legislativo. Ainda, pode envolver diversos órgãos que atuam no sistema carcerário, como aqueles criados pela LEP (conselho da comunidade, patronatos, etc.) ou formados pela sociedade civil (ONG’s, Pastorais Carcerárias, etc.).

Além da mera declaração do estado de coisas inconstitucional, seria desejável que, no âmbito da ADPF fossem ouvidos, primeiramente, os agentes públicos envolvidos. Dessa forma, os representantes do Poder Executivo, por exemplo, poderiam manifestar-se, dividir experiências positivas e negativas vivenciadas em seu âmbito de atuação, elaborar relatórios com dados, despesas, verbas necessárias (pois a ação também discute a liberação de recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN), entre outros.

Do mesmo modo, com base na decisão de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, o próprio Judiciário poderia realizar cursos ou elaborar recomendações, conscientizando os magistrados sobre a importância da aplicação de penas alternativas à prisão, haja vista o índice de superlotação dos estabelecimentos prisionais.

Os Poderes Judiciário e Executivo também poderiam realizar reuniões e audiências com membros dos órgãos que atuam no sistema carcerário, a fim de se aproximarem dos problemas enfrentados cotidianamente no cárcere e ouvir sugestões possíveis para sua resolução.

Já no âmbito do Poder Legislativo, poderia ser instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito, como já realizado há cerca de dez anos, para apurar possíveis irregularidades nos estabelecimentos penais. Ainda, seria possível a edição ou alteração de leis visando resguardar, de maneira mais eficaz, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (como a possibilidade de remição de pena em razão do seu cumprimento em situação degradante, conforme sugerido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE nº. 580.252/MS) (BRASIL, 2016, p. 75).

As medidas acima elencadas representam sugestões possíveis no âmbito dos diálogos institucionais que demonstram que a abertura dos Poderes entre si e aos atores da sociedade deve favorecer e tornar mais célere a solução de (ao menos uma parte dos) problemas constatados nos presídios brasileiros.

5 CONCLUSÃO

A violação dos direitos fundamentais dos presos como minoria levou o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) a ingressar com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 347/DF, visando, dentre outras medidas, à declaração do sistema prisional brasileiro como estado de coisas inconstitucional, tese surgida na Corte Constitucional da Colômbia.

O STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional das prisões em 2015, por vislumbrar preenchidos os requisitos para sua caracterização: I. Situação de violação generalizada de direitos fundamentais; II. Inércia ou incapacidade reiterada ou persistente das autoridades públicas em modificar a situação; III. A superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

A decisão prolatada pelo STF no julgamento dos pedidos liminares foi alvo de críticas relacionadas, em especial, ao ativismo judicial, que culminaria em desrespeito ao princípio democrático da separação dos Poderes.

Em que pese o conteúdo de tais questionamentos, deve-se ter em mente que, quando direitos humanos fundamentais são desrespeitados em razão de omissão do Poder Público,

como é o caso em análise, o Judiciário possui legitimidade para fazer cessar a violação, inclusive determinando medidas a serem tomadas pelos entes públicos.

Não obstante, uma vez que a matéria discutida na ADPF nº. 347/DF envolve diversos órgãos públicos e atores sociais, a pesquisa se socorreu da teoria dos diálogos institucionais, surgida no Canadá, como possibilidade de efetivação dos direitos individuais dos apenados, a fim de que a matéria não se esgote na mera declaração de estado de coisas inconstitucional.

Segundo a teoria supramencionada, busca-se um diálogo interinstitucional, entre os Poderes constituídos e membros de organizações da sociedade civil, para melhor resolução do conflito. Assim, o Judiciário não será detentor da última palavra, mas suas decisões serão pontos de partida para a tomada de medidas e debates entre os demais envolvidos. Tal procedimento evitaria a violação ao princípio constitucional da tripartição dos Poderes, haja vista que não haveria supremacia do Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo.

Com relação à situação inconstitucional do sistema prisional, tal diálogo pode ser realizado com o Executivo federal, dos Estados e do Distrito Federal, com membros de órgãos que atuam no sistema prisional (por exemplo, patronatos, ONG's, Pastoral Carcerária, entre outros) e, até mesmo, com o Legislativo, mediante a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, com a modificação de leis já existentes ou edição de novas regulando o cumprimento das penas privativas de liberdade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p.109-128, jan./abr. 2018. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825/35006>. Acesso em: 17 set. 2018. doi: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55825.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, mai. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>. Acesso em: 17 set. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v254.2010.8074.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 05 Out. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Sistema prisional em números**. 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/transparencia/relatorios-em-bi/11313-sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Decisão Liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Relator Ministro Luiz Fux na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 5105/DF**. Brasília, 01 out. 2015. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__Relator__ADI_5105.pdf >. Acesso em: 17 set. 2018.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; LASCANE NETO, Felipe. As condições das penitenciárias no Brasil e o estado de coisas inconstitucional. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Curitiba, v. 2, n. 2, p.578-600, jul./dez. 2016. Semestral. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1441>. Acesso em: 17 set. 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p.183-206, set./dez. 2015. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>. Acesso em: 17 set. 2018. doi: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534.

FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: **Microfísica do poder**. Org. e Trad.: Roberto Machado. 22 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006, p. 129-143.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. Prisões e revoltas nas prisões. In: **Estratégia, poder-saber**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 59-66. (Ditos e Escritos, v. IV)

LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas**. Lisboa: Gradiva, 1989. (Trajectos)

SOMBRA, Thiago Luís Santos. ADPF 347 and the “unconstitutional state of affairs” of brazil’s prison system. **Espaço Jurídico**: Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n. 2, p.649-656, maio/ago. 2016. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9764/pdf>. Acesso em: 17 set. 2018. doi: http://dx.doi.org/10.18593/ejjl.v17i2.9764.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 17 set. 2018.