

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E SOCIEDADE

CONCEIÇÃO DE MARIA SILVA NEGREIROS

**O CABIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA O PRESO NO REGIME  
FECHADO E PARA O PRESO PROVISÓRIO NA HIPÓTESE DE FALTA DE VAGA  
NO SISTEMA PRISIONAL**

**BRASÍLIA**

**2021**

CONCEIÇÃO DE MARIA SILVA NEGREIROS

**O CABIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA O PRESO NO REGIME  
FECHADO E PARA O PRESO PROVISÓRIO NA HIPÓTESE DE FALTA DE VAGA  
NO SISTEMA PRISIONAL**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional no Programa de Pós – Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional (Minter) do IDP

**BRASÍLIA**

**2021**

CONCEIÇÃO DE MARIA SILVA NEGREIROS

**O CABIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA O PRESO NO REGIME  
FECHADO E PARA O PRESO PROVISÓRIO NA HIPÓTESE DE FALTA DE VAGA  
NO SISTEMA PRISIONAL**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional no Programa de Pós – Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional (Minter) do IDP

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Orientador**  
**Filiação**

---

**Prof. Avaliador 1**  
**Filiação**

---

**Prof. Avaliador 2**  
**Filiação**

---

**Prof. Avaliador 3**  
**Filiação**

Agradeço a Deus, ao meu marido Luciano e ao  
meu querido filho Nicolas.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor  
Vinicius Gomes de Vasconcellos, pela  
inestimável orientação no Mestrado.

Agradeço aos Professores Carolina Ferreira  
Costa e Luís Carlos Valois pelas contribuições  
imprescindíveis.

## SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	8
1. Superpopulação do sistema penitenciário brasileiro e política de encarceramento em massa.....	12
2. Princípio do <i>Numerus Clausus</i> .....	31
3. Estado de Coisas Inconstitucional.....	36
4. Decisões emblemáticas sobre sistema prisional degradante e superpopulação.....	52
4.1 Recurso Extraordinário 580.252/MS.....	53
4.2 Recurso Extraordinário 592.581/RS.....	57
4.3 Recurso Extraordinário 641.320/RS.....	58
4.4 <i>Habeas Corpus</i> 143.988/ES.....	62
4.5 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF.....	65
4.6 <i>Brown vs. Plata</i> .....	70
Conclusão.....	72
REFERÊNCIAS.....	77

## **RESUMO:**

A pesquisa tem como base a superlotação carcerária no sistema prisional do Brasil e a necessidade de remédio jurídico para a redução do número de presos ao número de vagas existentes tendo em vista o Estado de Coisas Inconstitucional e a vedação de penas cruéis e degradantes.

É possível a concessão de prisão domiciliar com ou sem monitoração eletrônica ao preso condenado sob o regime fechado como regime inicial de cumprimento de pena e ao preso cautelar na hipótese de falta de vagas no sistema prisional diante da constatação da situação que representa o Estado de Coisas Inconstitucional e o princípio do *numerus clausus*?

No primeiro capítulo da presente dissertação foi analisada a superlotação do sistema penitenciário brasileiro e a política de encarceramento em massa.

No segundo capítulo, foi feito um estudo sobre o princípio do *numerus clausus* que veda o encarceramento de presos acima da capacidade de vagas no sistema prisional.

No terceiro capítulo, tratou-se sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, a origem, julgados, consequências e acolhimento do mesmo em decisões judiciais no Brasil.

No quarto capítulo, abordou-se decisões emblemáticas no Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte no Estados Unidos.

A conclusão é a demonstração da possibilidade de concessão da prisão domiciliar com ou sem monitoração eletrônica ao preso condenado sob o regime fechado como regime inicial de cumprimento de pena e ao preso cautelar na hipótese de ausência de vagas no sistema prisional ou a possibilidade de antecipação da progressão dos presos nos regimes fechado, semiaberto e aberto até alcançar o limite máximo da capacidade prisional digna, assim reconhecida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, não sendo possível o retorno do beneficiado ao sistema prisional em razão do surgimento de vaga, salvo quando vier sentença condenatória superveniente com decisão de prisão cautelar, sentença condenatória transitada em julgado ou decisão cautelar por fatos novos, respectivamente; pois estas vagas deverão ser destinadas para futuros presos.

**Palavras-chave:** Encarceramento em massa. Estado de Coisas Inconstitucional. *Numerus Clausus*. Prisão domiciliar.

## **ABSTRACT:**

The research is based on prison overcrowding in Brazil's prison system and on the need for a legal remedy to reduce the number of prisoners to the number of vacancies in view of the Unconstitutional State of Things and the prohibition of cruel and degrading penalties.

It is possible to grant house arrest with or without electronic monitoring to the convicted prisoner under the closed regime as an initial sentence serving time and to the precautionary prisoner in the event of a lack of places in the prison system in view of the situation that represents the State of Things Unconstitutional and the principle of *numerus clausus*.

In the first chapter of this dissertation, the overcrowding of the Brazilian penitentiary system and the policy of mass incarceration were analyzed.

In the second chapter, a study was made on the principle of *numerus clausus* that prohibits the imprisonment of prisoners above the capacity of places in the prison system.

In the third chapter, it dealt with the Unconstitutional State of Things, the origin, judgments, consequences, and acceptance of it in judicial decisions in Brazil.

In the fourth chapter, emblematic decisions were addressed at the Supreme Federal Court and the Supreme Court in the United States.

The conclusion is the demonstration of the possibility of granting house arrest with or without electronic monitoring to the convicted prisoner under the closed regime as an initial sentence, and to the precautionary prisoner in the event of absence of places in the prison system or the possibility of anticipating the prison sentence. progression of prisoners in closed, semi-open and open regimes until reaching the maximum limit of dignified prison capacity, thus recognized by the National Council for Criminal and Penitentiary Policy, and it is not possible for the beneficiary to return to the prison system due to the appearance of a vacancy, except when comes a supervening condemnatory sentence with a precautionary arrest decision, a final convictive sentence or a precautionary decision for new facts, respectively; because these vacancies should be destined for future prisoners.

Keywords: Mass incarceration. Unconstitutional State of Things. *Numerus Clausus*. Home detention.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como base a superlotação carcerária no sistema prisional do Brasil e a necessidade de remédio jurídico para a redução do número de presos ao número de vagas existentes. Tal estudo será realizado em cotejo com o Estado de Coisas Inconstitucional e a vedação de penas cruéis e degradantes.

Observa-se no sistema carcerário brasileiro a superlotação carcerária onde o número de presos, definitivos ou provisórios, aumentou acima do número de vagas criadas pelo Estado sendo que este se omitiu em atender a dignidade dos presos em acolhê-los.

Não se pretende fazer o apelo ao Executivo para a construção de mais presídios ou ao Legislativo para o desencarceramento mediante abolição de tipos penais, ampliação de hipóteses de penas restritivas de direitos, acordo de não persecução penal ou transação penal/composição civil.

É possível a concessão de prisão domiciliar com ou sem monitoração eletrônica ao preso condenado sob o regime fechado como regime inicial de cumprimento de pena e ao preso cautelar na hipótese de falta de vagas no sistema prisional diante da constatação da situação que representa o Estado de Coisas Inconstitucional e o princípio do *numerus clausus*?

A prisão de apenado definitivo ou do preso cautelar não pode se concretizar com violação ao direito à integridade física e moral do preso e com violação à vedação das penas cruéis, conforme o art. 5º, XLVII, “e” e XLIV da Constituição Federal diante da situação fática do excesso de lotação em presídios.

Diante da superlotação carcerária, configura-se o Estado de Coisas Inconstitucional que foi reconhecido pela Corte Constitucional Colombiana diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais diante da omissão do Poder Público sendo que a primeira vez que ocorreu a constatação do Estado de Coisas Inconstitucional foi em 1997 (*Sentencia de unificacion – SU 559*).

O Brasil, por meio do STF, iniciou o processo de reconhecimento de Estado de Coisas Inconstitucional em face da superlotação carcerária na ADPF N°347/DF, embora, timidamente, em sede de liminar em Medida Cautelar, tenha apenas determinado a proibição de contingenciamento do FUNPEN e a realização de audiência de custódia com a necessidade de comparecimento do preso no prazo de 24 horas perante a Autoridade Judiciária para avaliar se houve o respeito aos direitos do preso, principalmente a integridade, e a necessidade ou não da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.



Aponta-se como paradigma a decisão em Medida Cautelar na Arguição de Preceito Fundamental Nº 347/DF, bem como a Súmula Vinculante 56, a tese assentada no Recurso Extraordinário Nº 641.320/RS que reconheceu a possibilidade do condenado, no regime semiaberto, em cumprir pena em regime aberto ou domiciliar na falta de estabelecimento adequado; Recurso Extraordinário Nº 580.252/MS em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o dever de indenização do Estado com reparação pecuniária por dano moral aos presos que cumpriram pena em presídios degradantes; Recurso Extraordinário Nº 592.581/RS em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade do Poder Público em obrigar a União e os Estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos condenados, independentemente de dotação orçamentária, quando presente a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial à sobrevivência do preso; o *Habeas Corpus* Nº 143.988/ES, que delimitou a taxa de ocupação das unidades de internação de menores e o caso *Brown vs Plata*, em 2011, que envolvia a superlotação carcerária na Califórnia (Estados Unidos) sendo que foi determinada a redução da superlotação e diante da inércia, a corte local decretou a soltura de presos com base na Oitava Emenda à Constituição americana que proíbe penas cruéis e degradantes<sup>1</sup>.

Vale lembrar que o art. 88, parágrafo único, “b”, da Lei da Execução Penal determina a área mínima de 6m<sup>2</sup> por preso sendo que tal dispositivo legal serve de referência para a determinação da constatação da superlotação carcerária.

Considerando a necessidade da superação da violação massiva dos direitos fundamentais dos presos configuradora do Estado de Coisas Inconstitucional resultante do recorrente problema de superlotação carcerária com a falta de respeito da área mínima por preso, deve haver a concessão da prisão domiciliar com monitoração eletrônica ou sem monitoração, caso o Estado não disponha do equipamento, na hipótese de ausência de vagas no sistema prisional para presos cautelares, ainda que presentes os requisitos da prisão cautelar, e para presos condenados com a fixação do regime fechado como regime inicial de cumprimento da pena.

A escolha das pessoas a serem beneficiadas com a prisão domiciliar, enquanto persistir a falta de vagas, deverá ser o preso provisório (preso cautelar) e o preso condenado à pena de prisão com o regime fechado como regime inicial de cumprimento da pena, podendo haver a possibilidade de antecipação da progressão dos presos nos regimes fechado, semiaberto e

---

<sup>1</sup>Estados Unidos. Suprema Corte. Disponível em <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>. Acessado em 30 de janeiro de 2021.

aberto até alcançar o limite máximo da capacidade prisional digna assim reconhecida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, não sendo possível o retorno do beneficiado, preso com sentença condenatória, ou do beneficiado quando se tratar de preso provisório, salvo quando vier sentença condenatória superveniente ou nova decisão cautelar por fatos novos, para o sistema prisional quando surgir a vaga, pois esta deverá ser destinada para futuros presos.

Pretende-se contribuir para o debate doutrinário, sobre a problemática da superlotação carcerária, encarceramento em massa, a possibilidade jurídica de concessão da prisão domiciliar com ou sem monitoração eletrônica ao preso condenado com o regime fechado como regime inicial de cumprimento de pena e ao preso cautelar na hipótese de ausência de vagas no sistema prisional.

Representa um avanço em relação à Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal de Federal que determina que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS, pois a Súmula Vinculante e o RE 641.320/RS tratam sobre a ausência de vagas ou de estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena no regime semiaberto, ao passo que a dissertação do mestrado tratará dos apenados sob o regime fechado e presos cautelares.

No primeiro capítulo da presente dissertação será analisada a superlotação do sistema penitenciário brasileiro e a política de encarceramento em massa.

No segundo capítulo, será feito um estudo sobre o princípio do *numerus clausus* que veda o encarceramento de presos acima da capacidade de vagas no sistema prisional.

No terceiro capítulo, tratar-se-á sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, a origem, julgados, consequências e acolhimento do mesmo em decisões judiciais no Brasil.

No quarto capítulo, será feita uma abordagem sobre decisões emblemáticas e a Súmula Vinculante 56 em que houve o reconhecimento das situações degradantes dos presídios brasileiros, a impossibilidade de aprisionamento do menor de idade em unidade de internação bem acima da capacidade, reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, tendo em vista a ADPF nº347/DF, e decisão que combateu a superpopulação carcerária na Califórnia, Estados Unidos.

A conclusão será a demonstração da possibilidade de concessão da prisão domiciliar com ou sem monitoração eletrônica ao preso condenado sob o regime fechado como regime inicial de cumprimento de pena e ao preso cautelar na hipótese de ausência de vagas no sistema prisional ou a possibilidade de antecipação da progressão dos presos nos regimes

fechado, semiaberto e aberto até alcançar o limite máximo da capacidade prisional digna, assim reconhecida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, não sendo possível o retorno do beneficiado em razão do surgimento de vaga, salvo quando vier sentença condenatória superveniente com decisão de prisão cautelar, sentença condenatória transitada em julgado ou decisão cautelar por fatos novos, respectivamente, para o sistema prisional quando surgir a vaga, pois estas vagas deverão ser destinadas para futuros presos tendo em vista a demonstração do Estado de Coisas Inconstitucional em relação à superlotação carcerária e o princípio *numerus clausus*.

## 1 SUPERPOPULAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM MASSA

A criminologia crítica observa que o Estado é identificado como agente propulsor de violações de direitos humanos não só com as péssimas condições dos cárceres com violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas com o próprio sistema penal e o fenômeno do encarceramento em massa, destacando-se o racismo e a seletividade penal de determinados grupos de vulneráveis<sup>2</sup> para o encarceramento dos mesmos.

Tal visão decorreu da passagem da criminologia positivista para a criminologia crítica, pois esta não se volta para o autor do fato delitivo ou para as suas características, na busca da identificação das características que o levariam ao comportamento criminoso e, sim, estudar as condições sociais – estruturais e funcionais – que estão na origem na definição de comportamentos considerados crimes pela legislação penal<sup>3</sup>.

Com isto, a criminologia crítica deixa de ter como objeto central de estudo as causas dos comportamentos desviantes, passando a estudar os mecanismos sociais e institucionais pelos quais são operacionalizados os processos de definição das condutas como crimes (criminalização primária) e de aplicação da lei penal (criminalização secundária), especialmente os modos pelos quais se opera a seletividade do sistema penal<sup>4</sup>.

No presente caso, com o viés da criminologia crítica, estuda-se o fenômeno do encarceramento em massa, observado, claro, que desde o início dos agrupamentos de homens, desconhece-se qualquer sociedade, grupo social que tenham dispensado regras mínimas de convivência entre os membros<sup>5</sup>, o que abrange as normas de natureza penal.

As sociedades concentraram no sistema penal, a elaboração e a aplicação das leis com uma espécie de roupagem impessoal, de caráter universal, generalista com opção de resposta às quebras das regras estabelecidas, onde o sistema penal apareceu como principal instrumento de controle dos desviantes<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades. O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, p. 15.

<sup>3</sup> PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades. O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, p. 39.

<sup>4</sup> PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades. O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, p. 40.

<sup>5</sup> GUILHERME, Vera M. *Para além da criminologia de gabinete. Os visitantes do Presídio Central de Porto Alegre e seus saberes*. 1. Reimp. Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2017, p. 35.

<sup>6</sup> GUILHERME, Vera M. *Para além da criminologia de gabinete. Os visitantes do Presídio Central de Porto Alegre e seus saberes*. 1. Reimp. Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2017, p. 39.

Com o advento da formação do Estado, este resumiu o seu poder de punir como instrumento de controle de um grupo sobre outro, desconectando-se das ideologias de solidariedade<sup>7</sup>.

Vale notar como exemplo ao longo da História a utilização do sistema penal como instrumento de controle, sendo que Rusche e Kirchheimer apontaram que houve a consolidação da pena privativa de liberdade, não em decorrência de formulações de teóricos iluministas, mas sim de processos socioeconômicos estratégicos ao modo de produção capitalista em ascensão como a obrigatoriedade do trabalho dos presos nas galés, no século XVI, que se deveu à escassez de trabalhadores livres que se negavam em realizar insalubre trabalho<sup>8</sup>.

Ou seja, os fundamentos do sistema carcerário se encontram no mercantilismo como prática do sistema econômico, embora sua promoção e elaboração tenha sido tarefa dos iluministas<sup>9</sup>.

Voltando ao aspectos da história econômica e seu reflexo no controle penal, a sociedade pré-capitalista conhecia o cárcere enquanto instituição, mas não a privação de liberdade como pena<sup>10</sup>.

Até o século XVIII, as grades foram simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento, onde os réus quase sempre perdiam meses ou anos até que o caso chegasse ao fim<sup>11</sup> sendo que Melossi<sup>12</sup> lembra a natureza híbrida das sanções penais medievais que atuavam como retribuição do mal (juridicização da vingança) e expiação (castigo divino), o que afastava a ideia de utilização da prisão como pena.

Com a ascensão do capitalismo e a necessidade de controle social por meio da pena da prisão como principal método de punição no Ocidente a partir do século XIX<sup>13</sup>, foi preciso manter o padrão de vida do encarcerado abaixo do padrão das classes subalternas da

<sup>7</sup> GARLAND, David. *As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico*. BOURDIEU, Pierre (Org.) De L’Etat social al Etat penal. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro. Revan, ano 7, nº 11, 2002, p. 84 – 85.

<sup>8</sup> SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento. Tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, pp. 102 e 103.

<sup>9</sup> RUSCHER, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº03. Rio de Janeiro : Revan & Instituto Carioca de Criminologia, 2004, p. 109.

<sup>10</sup> MELOSSI, Dario. *Cárcere e trabalho na Europa e na Itália, no período de formação do modo de produção capitalista*. In: Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, p. 21

<sup>11</sup> RUSCHER, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº03. Rio de Janeiro : Revan & Instituto Carioca de Criminologia, 2004, pp. 94-95.

<sup>12</sup> MELOSSI, Dario. *Cárcere e trabalho na Europa e na Itália, no período de formação do modo de produção capitalista*. In: Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, pp. 21-22.

<sup>13</sup> SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento. Tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, p. 105.

população livre<sup>14</sup>, em atenção ao princípio de *less eligibility*, para que a vida de um preso não fosse melhor que a vida de um trabalhador livre, com o escopo de dissuadir a ideia que a vida na prisão seria boa e melhor do que a de um trabalhador dócil para o sistema capitalista, pois do contrário o trabalhador que não estivesse preso não se sentiria pressionado a trabalhar e obedecer ao sistema de controle penal para o bem estar da classe dominante se soubesse que se fosse preso seria levado para um lugar confortável onde seria bem tratado e alimentado sem a necessidade de trabalhar.

No mesmo sentido é a constatação de Giorgi, do ponto de vista da economia da pena, segundo o qual o sistema penal deveria disciplinar os trabalhadores para que eles estivessem “predispostos a obedecer, seguir ordens e respeitar ritmos de trabalho regulares e, sobretudo, que estejam em condições de interiorizar a nova concepção capitalista”<sup>15</sup>.

Giorgi entende que as diversas orientações da política penal se articulam a partir das condições materiais das classes pobres. Para serem eficazes, as instituições e práticas repressivas devem impor, a quem ousar violar a ordem constituída, condições de existência piores do que as garantidas a quem se submeter a ela. Numa economia capitalista, isso significa que será a condição do proletariado marginal que determinará os rumos da política criminal e, por conseguinte, o regime de “sofrimento legal” imposto àqueles que forem punidos por desrespeito à lei<sup>16</sup> sendo que, para tanto, as condições do lugar reservado para quem viola as normas penais são piores do que aquelas dos trabalhadores dóceis que se submetem à exploração capitalista, embora estas condições não apresentem num patamar digno.

Para Giorgi, pobres, desempregados, mendigos, nômades e migrantes representavam certamente as novas classes perigosas, ‘os condenados da metrópole’, contra quem se mobilizam os dispositivos de controle penal com emprego de estratégias diferentes nesse confronto<sup>17</sup>, inclusive por meio da prisão.

Assim, recuperando sua missão histórica de origem, o encarceramento serve, antes de tudo, para regular, se não perpetuar, a pobreza e para armazenar os dejetos humanos do

<sup>14</sup> RUSCHER, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº03. Rio de Janeiro : Revan & Instituto Carioca de Criminologia, 2004, pp. 152-ss.

<sup>15</sup> GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Pensamento Criminológico; v. 12. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 44. Disponível em:< <http://arquimedes.adv.br/livros100/A%20Mis%C3%A9ria%20Governada%20Atrav%C3%A9s%20do%20Sistema%20Penal%20-%20Alessandro%20de%20Giorg.pdf>> Acesso em 18 set. 2020.

<sup>16</sup> GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Pensamento Criminológico; v. 12. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 39.

<sup>17</sup> GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Pensamento Criminológico; v. 12. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 28.

mercado<sup>18</sup> que não aderem ao modo de produção capitalista e não se submetem aos ditames do grupo dominante que controla as classes inferiores por meio de normas penais e prisão.

Para Adrian Barbosa e Silva a prisão, em conformidade com o mercado de trabalho, reproduz as relações de produção e viabiliza exclusão dos “indesejados”, pois os sistemas punitivos guardam íntima vinculação com os modelos econômico-políticos das sociedades em que se situam<sup>19</sup>.

Com base na premissa da utilização da prisão como instrumento de controle capitalista, a expansão do encarceramento em massa passou ser a primeira solução dos conflitos e não a última solução com o ingrediente novo da sensação de segurança como objeto de consumo da sociedade que vê a prisão como um fortificante poderoso para ter esta sensação como um usuário de droga, lícita ou ilícita, que sempre procura consumir a substância entorpecente para ter a sensação almejada com o consumo do tóxico.

Em razão da almejada procura da sensação de segurança, a mídia ataca a sociedade com a veiculação de notícias de crimes, violência e mortes cotidianamente causando pavor e insegurança com a exploração do medo e a insaciável curiosidade mórbida do público por crimes com imagens e narrativas, preferencialmente por crimes graves e chocantes, e o prazer em ver pessoas presas por delitos com sentimento de vingança pessoal.

A mídia acaba exercendo o papel de principal incentivadora da produção legislativa criminal repressiva (inflação legislativa), ou seja, com populismo penal ao mostrar crimes que chocam as pessoas, fazendo apelos por aumento de penas sem fundamento não porque o aumento resolverá a violência e sim para satisfazer o público sedento por vingança cega contra os que ousam violar o sistema penal ao praticar um crime<sup>20</sup>.

A postura criminalizante adotada pela mídia sempre no intuito de aumentar as penas da prisão e por mais prisão é objeto de crítica por Nilo Batista que pergunta se o contrário é defendido pela mídia: “Alguém se recorda da última vez em que a promulgação de uma lei criminalizante foi objeto de crítica pela imprensa?”<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> WACQUANT, LOÏC. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. –Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3. ed., revista e ampliada, 2007, p. 127.

<sup>19</sup> BARBOSA E SILVA, Adrian. *Garantismo e sistema penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento*. Disponível em: <[http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao\\_GarantismoSistemaPenal.pdf](http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao_GarantismoSistemaPenal.pdf)>. Acesso em: 06 de outubro de 2020, p. 28.

<sup>20</sup> MELLER, Diogo Lentz. TURELA Alexandre de Almeida. *A crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 134/2017. p 387-409, agosto de 2017.

<sup>21</sup> BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Biblioteca on-line de Ciências da Comunicação, 2002, p. 5. Disponível em:< <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

Thomas Mathiensen leciona que o encarceramento é o tipo de sanção com maior impacto e visibilidade na nossa sociedade, pois a sociedade, diante da busca da sensação de segurança como objeto de consumo, exige a construção de mais prisões e a aprovação de leis que prevejam sentenças de prisão mais severas para que os atores da política criminal encontrem uma forma de mostrar que agem sobre o crime como uma categoria de comportamento, reafirmando a “lei e ordem”<sup>22</sup>.

A exibição da mídia que explora o medo, cria um clima de pânico, de alarde social, a que costuma se seguir um crescimento de demanda de penas mais rigorosas, clima este que desencadeia e é alimentado pelas chamadas campanhas de lei e ordem. Tais campanhas manipulam emoções, selecionando e propagandeando alguns crimes mais cruéis, para, assim, produzir e generalizar uma indignação moral contra os que são identificados como criminosos<sup>23</sup>.

Bauman discorre bem sobre o populismo penal que ocorre com a construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhe a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que fazem algo pela segurança individual dos governados<sup>24</sup>.

A espetaculosidade – versatilidade, severidade e disposição – das operações punitivas é mais importante que sua eficácia tendo em vista a curta duração da memória pública, raramente testada, em acompanhar os efeitos das leis com viés de encarceramento em massa para saber se houve a redução da criminalidade, se houve efeito prático com a norma draconiana.

A espetaculosidade importa mais até que a quantidade efetiva de crimes detectados, investigados e reportados para a Justiça; embora ajude, claro, se, de vez em quando, um tipo de crime chame a atenção do público e se revele particularmente odioso e repulsivo e se for lançada uma nova campanha de detecção e punição, uma vez que isso serve para ocupar a atenção do público com os perigos do crime e da criminalidade, impedindo que reflita por que, apesar de todo o policiamento que prometia trazer a cobiçada *Sicherheit* (segurança), as

---

<sup>22</sup> MATHIENSEN, Thomas. *Perché il carcere?* Torino: Grupo Abele, 1996. p. 181. Disponível em: <[http://www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/perche\\_il\\_carcere.pdf](http://www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/perche_il_carcere.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

<sup>23</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luan, 1991. p. 198.

<sup>24</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 125 e ss.



peças se sentem inseguras, perdidas e amedrontadas como antes<sup>25</sup>, sempre almejando por mais sensação de segurança.

Sobre o populismo penal e sensação de segurança, Zygmunt Bauman<sup>26</sup>, ao discorrer sobre as relações de consumo, entende que para atrair o capital e para a sensação de 'bem-estar' dos eleitores, deve-se ter a exibição de competência policial e destreza do Estado<sup>27</sup>.

Para tanto, impõe-se o "Estado Punitivo" que se caracteriza por diminuir sua atuação social e aumentar em matéria de segurança, na matéria criminal, pois pretende remediar com um 'mais Estado' policial e penitenciário o 'menos Estado' econômico e social que é a própria causa da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países conforme entendimento de Loïs Wacquant<sup>28</sup>.

Pastana<sup>29</sup> observa a mesma redução acima apontada por Loïs Wacquant no Brasil onde o "Estado providência" sucumbe frente ao "Estado punitivo."

O crescimento do "Estado Punitivo", conforme Garland, em sociedades como as do Reino Unido e dos Estados Unidos onde se manifestam divisões sociais e raciais profundas, que ensejam a experiência de taxas de criminalidade e de níveis de insegurança elevados, onde as soluções sociais foram politicamente desacreditadas, onde há poucas perspectivas de reinserção dos antigos delinquentes pelo trabalho ou pela família e onde, para completar esse quadro deprimente, um setor comercial em expansão, encoraja e favorece o aumento do encarceramento, está provocando um encarceramento em massa a uma escala jamais alcançada nos países democráticos e raramente encontrada na maioria dos países totalitários<sup>30</sup>.

Trata-se da ditadura sobre os pobres que procura reprimir com severidade as desordens que venham da desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar. 1999, p. 125 e ss.

<sup>26</sup> BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 57.

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 129.

<sup>28</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 7.

<sup>29</sup> PASTANA, Debora Regina. *Os contornos do Estado Punitivo no Brasil*. Vol. 31, p 29-46, Revista Perspectivas : São Paulo, jan/jun 2007, p. 32.

<sup>30</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Coleção Pensamento Criminológico, nº16. Rio de Janeiro : Revan & Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 88.

<sup>31</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 10.

Para Wacquant, prender os pobres apresenta na verdade a imensa vantagem de ser mais “visível” pelo eleitorado e o seu novo objeto de consumo (sensação de segurança); sendo que os resultados da operação são tangíveis e facilmente mensuráveis (tantas prisões a mais); seus custos com o sistema penitenciário são pouco conhecidos e nunca submetidos a debate público, quando não são simplesmente apresentados sob a desculpa de serem ganhos pelo fato de “reduzirem” o custo do crime.

Loïc Wacquant<sup>32</sup> chega ao ponto de dizer que o assombroso crescimento do número de presos neste quadro de encarceramento em massa consiste num “sinistro programa habitacional para os novos pobres”.

Interessante notar a opinião de Nils Christie que entende que são as decisões político-culturais que determinam a estatística carcerária e não o nível ou a evolução da criminalidade<sup>33</sup>, sendo que ao nosso ver, reforça que a prisão, desnecessária, decorre mais do exibicionismo populista criminal do que resultado de uma equação do aumento da criminalidade.

Pode-se entender com base em Michael Tonry que o tamanho da população carcerária depende da política criminal adotada pelo país e, não, o contrário<sup>34</sup>. Ou seja, é a política criminal que determina o tamanho da população carcerária e não o tamanho da população carcerária que determina a política criminal sendo que o encarceramento em massa é visto como fenômeno mundial<sup>35</sup>.

Wacquant em seu livro “As prisões da Miséria” propõe o entendimento de que a atrofia deliberada do Estado social corresponde à hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro<sup>36</sup>.

O corte dos programas sociais retoma o áspero caminho rumo à ascensão da miséria e da violência ao hipertrofiar o direito penal e sua força sancionadora, buscando os locais de guetos e onde se encontrarem as famílias mais pobres, que passam a ser em maior número tendo em vista a redução dos programas sociais do Estado. A destruição do Estado social e a

<sup>32</sup> WACQUANT, LOÏC. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. –Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3. ed., revista e ampliada, 2007, p. 275.

<sup>33</sup> CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>34</sup> TONRY, Michael. *Thinking about crime: sense and sensibility in American penal culture*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 33.

<sup>35</sup> ALBRECHT, Hans-Jörg. *Prison Overcrowding: Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*. Max-Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2011. Disponível em: <[https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/research\\_in\\_brief\\_43\\_-\\_albrecht\\_prisonovercrowding.pdf](https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/research_in_brief_43_-_albrecht_prisonovercrowding.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

<sup>36</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles, 1999. Data da digitalização: 2004, p. 51.

hipertrofia súbita do Estado penal são dois desenvolvimentos concomitantes e complementares, ou seja, o estabelecimento de um governo da miséria<sup>37</sup>.

O medo do crime passou a ser visto como um problema por si só, bem distinto do crime e de sua vitimização, e políticas específicas têm sido desenvolvidas mais com o objetivo de reduzir os níveis de medo do que reduzir o crime<sup>38</sup> sendo que o controle penal passou a ser a “tábua de salvação” da sociedade e quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará<sup>39</sup> com a incansável busca da sensação de segurança.

Verifica-se, portanto, que a expressão *mass incarceration* é utilizada para caracterizar um fenômeno amplo, que envolve múltiplos atores institucionais, que aumentaram a duração das penas, o apoio às medidas punitivas e à politização das medidas punitivas que alteraram os dispositivos penais. Sua formulação aponta para uma macro-análise, onde mudanças culturais (cultura do controle e a sensação de segurança) e a espetaculosidade da política criminal repressiva dão o entendimento do fenômeno do encarceramento em massa<sup>40</sup>.

Nos Estados Unidos, por exemplo, Garland assevera que o encarceramento massivo não foi uma política que foi proposta, pesquisada, custeada, debatida e democraticamente acordada. A América não decidiu coletivamente por investir seus negócios no encarceramento massivo no sentido de decidir construir as instituições como o *New Deal*, ou a *Great Society*, ou nem mesmo as baixas taxas, os baixos custos, o livre mercado da era econômica de Reagan. Ao contrário, o encarceramento massivo emergiu como um resultado indeterminado (*overdetermined*) de uma convergência de uma série de políticas e decisões. A definição das estruturas das sentenças jurídicas, a guerra contra as drogas, as sentenças mandatórias, a eliminação dos benefícios de redução da pena, a emergência das corporações privadas, os eventos políticos e os cálculos que transformaram todos os políticos “duros com o crime” (*tough on crime*); estes desdobramentos se sedimentaram uns sobre os outros e acabaram por produzir a afluência de presos sob custódia. Estes desenvolvimentos podem ter sido parte de uma rearticulação geral da política e da cultura, parte do mesmo processo que transformou o *welfare state* e o “fim do *welfare state* tal como conhecemos”, mas eles não se tornaram parte

<sup>37</sup> WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles, 1999. Data da digitalização: 2004, p. 85.

<sup>38</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle*. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 54.

<sup>39</sup> PASTANA, Debora Regina. *Os contornos do Estado Punitivo no Brasil*. Vol. 31, p 29-46, Revista Perspectivas : São Paulo, jan/jun 2007, p. 31.

<sup>40</sup> BARROS, Rodolfo. *Os diferentes sentidos do termo mass incarceration e uma breve análise sobre a assimilação da expressão no debate sobre o sistema prisional no Brasil*. 38º Encontro Anual da ANPOCS, 2014, p. 10. Disponível em: < <https://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt42-1/9232-os-diferentes-sentidos-do-termo-mass-incarceration-e-uma-breve-analise-sobre-a-assimilacao-da-expressao-no-debate-sobre-o-sistema-prisional-no-brasil/file>>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

de um programa coerente que previa especificamente tais modificações. Eles nunca foram apresentados e debatidos como uma proposta que os eleitores poderiam aceitar ou recusar. Ao contrário, a América foi se direcionando nesta situação, com os eleitores, políticos, juízes e corporações preocupados com seus assuntos específicos, mas sem que ninguém pudesse parar e perceber o resultado geral de tais medidas<sup>41</sup>.

Garland define encarceramento em massa quando presente dois elementos essenciais que o caracterizam. Um deles consiste no drástico e abrupto aumento dos números de presos. O encarceramento massivo implica altas taxas de encarceramento e populações carcerárias de dimensões que extrapolam marcadamente os padrões históricos e comparativamente com as normas encontradas em outras sociedades do gênero e o outro destaque é a concentração social dos efeitos do encarceramento. O encarceramento se torna um encarceramento massivo quando essas medidas deixam de ser pensadas apenas como o encarceramento individual do transgressor e passam a ser um encarceramento sistemático de grupos inteiros da população<sup>42</sup>.

Em relação ao número de presos para a identificação do encarceramento em massa nos Estado Unido, Roy Walmsley<sup>43</sup> afirma existem mais de 2,1 milhões de presos nos Estados Unidos, ficando em primeiro lugar sendo que a segunda colocação com 1,65 milhões é da China (além de números desconhecidos em prisão preventiva e outras formas de detenção) embora a população da China seja mais de um bilhão de habitantes.

Dentro dessa engrenagem punitiva estão diversas instituições que atuam articuladamente – Polícia, Legislativo, Judiciário, Prisão etc. – que são fundamentais para que se perceba a real dimensão do fenômeno. De modo geral, na era do encarceramento em massa, enquanto a polícia prende e vigia ostensivamente, o Legislativo produz leis cada vez mais duras, a prisão neutraliza indivíduos e o Judiciário garante legitimidade a esse processo<sup>44</sup>.

Para tanto, Salo de Carvalho argumenta a existência de uma formação cultural dos operadores do direito, decorrente de uma mentalidade inquisitória, que produz uma crença

---

<sup>41</sup> GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 02.

<sup>42</sup> GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 17.

<sup>43</sup> Walmsley, Roy. World Prison Population List. 12th ed. <[https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_12.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf)> Acesso em 13 de setembro de 2020.

<sup>44</sup> SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A Responsabilidade do Judiciário no Encarceramento em Massa Juvenil: Um Estudo de Caso do HC 346.380-SP, STJ*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 129/2017 | p. 257 - 284 | Mar / 2017.

cega na pena e na prisão<sup>45</sup> sendo a principal forma de punição na atualidade<sup>46</sup> onde a pena é uma coerção que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder<sup>47</sup>.

Aliás sobre a prisão, esta se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, onde se acreditou que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exageros, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado<sup>48</sup>.

Aliás, os abolicionistas afirmam que o sistema penal só tem servido para legitimar e reproduzir as desigualdades e injustiças sociais sendo que o Direito Penal é considerado uma instância seletiva e elitista<sup>49</sup>, pois é a lei que diz onde há um crime e é lei, pois, que cria o criminoso<sup>50</sup>.

Bauman não se convenceu que a prisão seja a melhor maneira de combater a criminalidade, pois os cuidados com o “estado ordeiro”, outrora uma tarefa complexa e intrincada que refletia as variadas ambições e a multifacetada soberania do estado, tendem a reduzir-se conseqüentemente à tarefa de combate ao crime. Nessa tarefa, porém, um papel cada vez maior, com efeito, o papel central é atribuído à política de confinamento. A essencialidade do combate ao crime não explica por si só o boom penitenciário: afinal, há também outras maneiras de se combater as reais supostas ameaças à segurança pessoal dos

---

<sup>45</sup> CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 232.

<sup>46</sup> SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento. Tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, p. 97.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 99.

<sup>48</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.

<sup>49</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 345.

<sup>50</sup> HULSMAN, Louk H. *Descriminalização*. In: Revista de Direito Penal. n. 9/10 Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1973, p. 52.

cidadãos. Além disso, colocar mais gente na prisão, e por mais tempo, até agora não se mostrou a melhor maneira<sup>51</sup>.

Em relação ao sistema penal, Carolina Ferreira leciona sobre a distinção entre criminalização primária, secundária e terciária. A criminalização primária consiste na seleção dos bens jurídicos considerados relevantes para a tutela penal. Tal seleção é feita, de forma geral, pelo Poder Legislativo; a criminalização secundária, por sua vez, consiste na seleção das pessoas que se submeterão ao sistema de justiça, na condição de investigadas/os ou réis/réus; a criminalização terciária, finalmente, consiste na execução da pena – uma dupla seleção, uma vez que a/o condenada/o já foi selecionada/o pelo sistema de justiça e, nesse momento, galga a posição de “condenada/o”, para depois figurar como “egressa/o” do sistema penitenciário. Sua condição de cidadã/cidadão nunca mais será a mesma<sup>52</sup>.

Baratta<sup>53</sup> adverte que a multiplicação das disposições penais com a criminalização primária e secundária na forma acima apontada, implicou, também, na multiplicação do número de casos de impunidade que, como as investigações sobre o número oculto da criminalidade e dos processos seletivos de justiça criminal, representam uma percentagem muito elevada de todos os eventos criminalmente relevantes, também na fenomenologia de um direito penal normal.

Baratta alerta que a multiplicação de disposições penais implica no aumento dos casos de impunidade com os processos seletivos da justiça criminal na medida em que não há o aumento dos recursos para o acompanhamento dos casos fazendo com que haja a seletividade estrutural do sistema punitivo, enchendo as prisões, sobretudo, de sujeitos socialmente frágeis<sup>54</sup>, pois a autoridade policial e a autoridade judiciária não têm condições de identificar todos os crimes cometidos e seus autores, de tal modo que acabam por selecionar aqueles indivíduos que serão responsabilizados<sup>55</sup>.

Com isto, observou-se que o poder punitivo deixou de dirigir sua atenção para formas de criminalidade próprias das classes mais ricas, como a criminalidade econômica (os crimes

---

<sup>51</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999. p. 129.

<sup>52</sup> FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 129/2017, Editora Revista dos Tribunais : São Paulo, pp. 137 – 180.

<sup>53</sup> BARATTA, 1998, p. 182

<sup>54</sup> BARATTA, Alessandro. *Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social* (1998). In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2006, p. 182.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 8.

de colarinho branco), os crimes ambientais, contra as relações de trabalho<sup>56</sup>, não podendo deixar de se falar do absurdo dos crimes contra a ordem tributária.

Trata-se da seletividade do sistema penal que confere maior imunidade para as classes favorecidas economicamente, acabando por transformar a prisão em curral de pobres, como se pode observar na baixa pena mínima para o crime de corrupção, apenas dois anos, e a possibilidade de extinção da punibilidade dos crimes definidos na Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei Federal nº 4.729, de 14 de julho de 1965, que ocorre quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia conforme o art. 35 da Lei Federal nº 9.249/95 sem falar que o art. 83 da Lei Federal nº 9.340/96, antes da entrada em vigor da alteração inserida pela Lei Federal nº 12.382/2011, permitia a suspensão da pretensão punitiva na hipótese de parcelamento até mesmo depois do recebimento da denúncia na ação penal.

Salo de Carvalho aponta que a análise comparativa com alguns crimes contra o patrimônio público evidencia o nível radical da seletividade operada dentro do sistema penal sendo que na maioria dos crimes praticados contra o patrimônio público (crimes tributários e previdenciários, p. ex.), é tradição do nosso ordenamento jurídico a existência de institutos despenalizadores.

Recentemente o art. 6º da Lei 12.382/11, alterando o art. 83, § 4º da Lei 9.430/96, passou a dispor que se extingue a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. Independentemente das variantes legais e da sucessão de critérios relativos à matéria da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo – momento (antes ou depois da denúncia ou a qualquer tempo) da satisfação; amplitude (total ou parcial) do pagamento; possibilidade (ou não) de parcelamento; sujeito (pessoa física ou jurídica) que realiza o pagamento –, a realidade é que encontramos no ordenamento jurídico nacional inúmeros dispositivos de tutela das elites econômicas que permitem que o responsável pelo crime contra o erário público fique isento de pena em caso de devolução dos valores devidos ou apropriados sendo que por tal motivo não se encontram os crimes contra a ordem tributária nas estatísticas carcerárias nacionais<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades. O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, p. 104.

<sup>57</sup> CARVALHO, Salo. *O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário*. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez, 2015, pp. 638-639.

Retornando sobre o encarceramento em massa, o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, divulgado em outubro de 2015 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, reconheceu que nos tempos atuais, a agenda legislativa aumentou paulatinamente as penas de crimes, seguindo pautas casuísticas (mídia espetacular e busca de sensação de segurança como objeto de consumo), cujas urgências não guardavam relação com parâmetros de eficácia ou efetividade exigidos por uma política pública e, com isto, o resultado tem sido o crescimento progressivo da população carcerária, sem qualquer impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública<sup>58</sup>, sendo que o monitoramento eletrônico é apontado como solução para a gestão prisional<sup>59</sup>.

Um exemplo da inflação legislativa foi o caso da criminalização do tráfico no Brasil. No Código Penal de 1940 (art. 218) era apenado com pena de 1 a 5 anos de reclusão; pela Lei 5.276/71, teve a pena máxima aumentada para 6 anos de reclusão; pela Lei 6.368/76 (art. 12), teve a pena triplicada em relação ao art. 218 do Código Penal, passando de 3 a 15 anos de reclusão, e pela Lei Federal nº11.343/06 ficou com a pena de 05 a 15 anos, revelando a evolução da pena mínima e máxima, onde a pena mínima aumentou 500% e a pena máxima teve aumento de 300%.

Essa inflação legislativa acabou por inflacionar a população carcerária que na ótica de Carolina Ferreira viola sistematicamente direitos humanos de todos a ele vinculados, gerador de mais violência – não podendo ser usado como referência para as discussões político-criminais, a não ser para legitimar mais desigualdades<sup>60</sup>.

As prisões hoje são verdadeiros depósitos de não pessoas e, com isto, o Brasil, diante da falência do sistema carcerário, cumpre fielmente o princípio do *less eligibility*, ou seja, o sistema carcerário oferece uma condição pior que a comparada com a condição do trabalhador do mercado informal, com o objetivo de evitar com que esses trabalhadores informais prefiram ser encarcerados a trabalhar, podendo assim ser submetidos ao modelo econômico produtivo que Wacquant chama de *workfare*, pelo qual o Estado obriga as pessoas a trabalharem em subempregos<sup>61</sup>, sendo que essa fórmula produz uma ameaça constante e

---

<sup>58</sup> BRASIL.<<https://www.conjur.com.br/dl/plano-nacional-politica-criminal.pdf>> Acesso em 13 de setembro de 2020, p. 6.

<sup>59</sup> BRASIL.<<https://www.conjur.com.br/dl/plano-nacional-politica-criminal.pdf>> Acesso em 13 de setembro de 2020, p. 32.

<sup>60</sup> FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 129/2017, Editora Revista dos Tribunais : São Paulo, pp. 137 – 180.

<sup>61</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 89.



repressiva sobre a classe operária para diminuir as condições de trabalho e seus salários, aumentando os níveis de exploração e produção<sup>62</sup>.

Além de serem superlotadas, as prisões no Brasil são habitadas majoritariamente por pessoas jovens, negras, e de baixa escolaridade, o que indica que pobreza e a vulnerabilidade social representam fatores importantes para a probabilidade de incidência de processos de criminalização e aprisionamento<sup>63</sup>, não se podendo deixar de falar, também, da cor negra como fator de risco.

O Coordenador Nacional da Pastoral Carcerária já denunciou a violação aos direitos da população penitenciária ao comparar os presídios brasileiros às senzalas. O Coordenador argumentou que há, no sistema prisional, a formação de um palanque socialmente reconhecido, a exemplo dos palanques de espetáculos que se produziam nos tempos das senzalas: “o presídio é um palanque de tortura como eram as senzalas, mas hoje das periferias e dos pobres. Se houvesse outro público lá dentro, podíamos não pensar nisso. Mas não tem como, é algo muito seletivo<sup>64</sup>”.

Sobre o aumento da população carcerária no Brasil, Luís Carlos Valois aponta que as drogas são responsáveis por grande parte do encarceramento, ao considerar que existem Estados brasileiros onde mais de 50% dos presos são envolvidos com drogas. No mesmo sentido Bruno Amaral Machado Zackseski e Gabriela Azevedo<sup>65</sup>. Ou seja, para Valois, pune-se uma pessoa envolvida com entorpecente que é um ato praticado consensualmente, isto é, uma pessoa comprou e outra vendeu, prática inclusive estimulada por uma sociedade capitalista, quer dizer, consumir, comprar e vender é algo estimulado pela sociedade, mas se pune exclusivamente os pobres, que encontram um caminho de sobrevivência nesse tipo de comércio, uma sobrevivência com condições mais dignas sendo que os ricos que têm grande quantidade sempre são usuários e os pobres são sempre traficantes, começando daí uma

---

<sup>62</sup> GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan – ICC, p. 60

<sup>63</sup> PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades. O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, p. 103.

<sup>64</sup> GOMBATA, Marsilea. Prisões são as senzalas de hoje, diz ativista da Pastoral Carcerária, Revista Carta Capital. Publicada em 5 maio 2014. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/prisoes-sao-as-senzalas-de-hoje-diz-ativista-da-pastoral-carceraria-7005/>>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

<sup>65</sup> ZACKSESKI, Bruno Amaral Machado. AZEVEDO, Gabriela. *Dimensões do Encarceramento e Desafios da Política Penitenciária no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 126/2016 | p. 291 - 331 | Dez / 2016.

justiça elitista que está prendendo os pobres em razão de uma atividade estimulada pelo próprio sistema capitalista<sup>66</sup>.

Deve-se mencionar que a população carcerária feminina também vem aumentando enormemente sendo que o crescimento está relacionado ao tráfico de drogas<sup>67</sup>.

A superpopulação carcerária, acima da capacidade, já foi observada pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferida em 22 de novembro de 2018, que determinou ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), no Complexo Penitenciário de Bangu, no Rio de Janeiro, que não admitisse a entrada de novos presos na unidade em razão da superlotação carcerária<sup>68</sup>.

Outros presídios brasileiros já motivaram notificações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA: como Urso Branco (RO), o Presídio Central de Porto Alegre (RS), O Presídio Aníbal Bruno do Complexo do Curado (PE) e o Complexo de Pedrinhas (MA). Em relação a este último, a referida Comissão foi acionada e expediu a Medida Cautelar N° 367/2013, na qual solicitou providências ao Governo Federal Brasileiro em razão das mortes ocorridas no Complexo de Penitenciário de Pedrinhas, que tem ocupado um lugar de destaque na mídia e também aos órgãos públicos destinados ao monitoramento da situação prisional brasileira<sup>69</sup>.

O grave problema da superlotação carcerária é um dos desafios da política criminal, pois afasta qualquer pretensão ressocializadora como um lugar de reabilitação e socialização, passando a ser somente um modelo de segregação e de custódia, sem nenhuma garantia de maior eficácia para a redução da criminalidade<sup>70</sup>.

Entretanto, nem tudo está perdido, pois houve iniciativa do Poder Público através do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, divulgado em outubro de 2015 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2015b) com sugestão de

---

<sup>66</sup> VALOIS, Luís Carlos. *Os problemas do sistema carcerário*. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/politicas-sociais/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro/>> . Acesso em: 13 de setembro de 2020.

<sup>67</sup> PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades. O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 2018, p. 87.

<sup>68</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf)>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

<sup>69</sup> ZACKSESKI, Bruno Amaral Machado. AZEVEDO, Gabriela. *Dimensões do Encarceramento e Desafios da Política Penitenciária no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 126/2016 | p. 291 - 331 | Dez / 2016.

<sup>70</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 82. São Paulo. Janeiro-fevereiro de 2010, p. 290.

medidas de enfrentamento ao encarceramento como o uso do monitoramento eletrônico, a melhoria das condições carcerárias e a promoção de tratamento digno ao preso<sup>71</sup>.

A Resolução nº 05, de 25 de novembro de 2016, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dispõe sobre indicações de lotação de presos em estabelecimentos penais (*numerus clausus*)<sup>72</sup> com a indicação de que a capacidade não pode exceder ao número de camas disponíveis, não podendo entrar no cômputo o número de camas que precisam ser colocados no chão e já menciona a possibilidade de colocação de preso em liberdade mediante monitoramento eletrônico em caso de superlotação e estabelece a vedação da entrada de presos que exceda a capacidade de lotação.

Não se pode deixar de mencionar que o art. 88, parágrafo único, da Lei da Execução Penal informa a existência da área mínima de 6 metros quadrados por preso, bem como a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, não se podendo deixar de mencionar que a Corte Europeia de Direitos Humanos aponta a necessidade de pelo menos 3 metros quadrados por preso<sup>73</sup>, o que é pouco quando se pensa que só uma cama de solteiro ocupa 1,65 metros quadrados<sup>74</sup>, ficando a área restante de 1,35 metros quadrados para o preso poder ficar em pé, caminhar na cela e para ser utilizado como área comum da cela para o banheiro e do chuveiro, ou seja, pela ótica da Corte Europeia que o imaginário do passado colonial nos faz entender que a Europa tem as melhores ideias, o preso somente teria espaço para ficar deitado e em pé sem poder caminhar e praticamente sem espaço para o chuveiro e vaso sanitário.

O Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent (ILANUD) destacou aqueles que seriam os cinco problemas ou necessidades principais dos sistemas penitenciários na América Latina e no Caribe, coincidentes com a visão dos atores do sistema penal: (a) a ausência de políticas integrais (criminológicas, de direitos humanos, penitenciárias, de reabilitação, de gênero, de justiça

<sup>71</sup> Brasil. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: Ministério da Justiça, 2015b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/plano-nacional-politica-criminal.pdf>> Acesso em 18 de setembro de 2020, p. 5.

<sup>72</sup> BRASIL: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22077781/do1-2016-11-29-resolucao-n-5-de-25-novembro-de-2016-22077636](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22077781/do1-2016-11-29-resolucao-n-5-de-25-novembro-de-2016-22077636)>. Acesso em 06 de outubro de 2020.

<sup>73</sup> Decisão disponível em: <[http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/testo\\_ingleses/000/000/541/To rreggiani.pdf](http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/testo_ingleses/000/000/541/To rreggiani.pdf)>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

<sup>74</sup> Disponível em: <

penal); (b) a superlotação carcerária, originada em orçamentos reduzidos, e a falta de adequada infraestrutura penitenciária; (c) a deficiente qualidade de vida dos encarcerados nas prisões; (d) a insuficiência de pessoal penitenciário com capacitação devida; (e) a ausência de programas de capacitação e de trabalho para pessoas presas<sup>75</sup>.

Sobre o crescimento desordenado da população carcerária, iremos utilizar o corte cronológico referente ao período de 2006, ano da entrada em vigor da Lei Federal nº 11.343/06 conhecida como a Lei de Drogas, e a último censo penitenciário referente a dezembro de 2019 publicado pelo DEPEN, embora o encarceramento em massa no Brasil passou a ser constatado a partir da década de 1990.

O Infopen de dezembro de 2019<sup>76</sup> apresenta os seguintes dados:

Total de Presos	748.009
Regime Fechado	362.547
Regime Semiaberto	133.408
Regime Aberto	25.137
Provisórios	222.558
Tratamento Ambulatorial	250
Medidas de Segurança	4.109
Outras prisões(Delegacias)	7.265
Total(Presos+Presos nas Delegacias)	755.274

A taxa de aprisionamento em 2006 e em dezembro de 2019 por cem mil habitantes<sup>77</sup>:

2006	214,00
Dezembro de 2019	359,00

<sup>75</sup> BARBOSA E SILVA, Adrian. *Garantismo e sistema penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento*. Disponível em: <[http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao\\_GarantismoSistemaPenal.pdf](http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao_GarantismoSistemaPenal.pdf)>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

<sup>76</sup> BRASIL. *Presos em unidades prisionais no Brasil*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

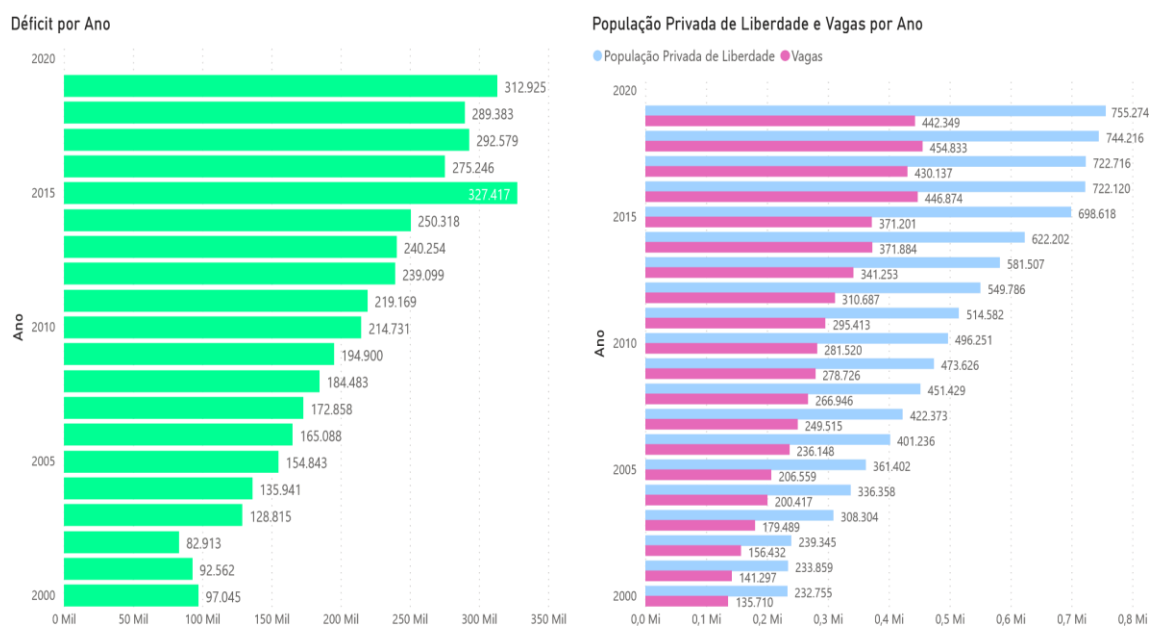
<sup>77</sup> BRASIL. *Presos em unidades prisionais no Brasil*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

A taxa considerada aceitável pelo Centro Internacional de Estudos sobre Prisões do King's College de Londres é abaixo de 150 presos por 100.000 habitantes<sup>78</sup> sendo que se percebe que já em 2006 havia uma taxa de encarceramento por cem mil habitantes acima do aceitável pelo King's College de Londres.

O Infopen também demonstra que em 2006 e em dezembro de 2019 havia o déficit de vagas no sistema prisional<sup>79</sup>:

Ano	População privada de liberdade	Vagas	Déficit
2006	401.236	236.148	165.088
Dez/2019	755.274	442.349	312.925

Os gráficos extraídos do DEPEN apontam que o déficit de vagas sempre foi uma tônica do sistema prisional brasileiro:



<sup>78</sup> Zackseski, Cristina. Machado, Bruno Amaral. Azevedo, Gabriela. *O encarceramento em massa no Brasil: uma proposta metodológica em análise*. Revista Crítica Penal y Poder. nº12, Marzo (pp. 269-289). Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos-Universid de Barcelona : Barcelona, 2017, p. 274.

<sup>79</sup> BRASIL. *Presos em unidades prisionais no Brasil*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmMmMzYtODA2MC00YmZiLWl4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

FONTE: Ministério da Justiça, Infopen, dezembro de 2019.

Além da existência do déficit de 312.925 vagas no sistema prisional, não se pode esquecer que há 348.571 mandados de prisão em aberto sem cumprimento, segundo dados do BNMP 2.0<sup>80</sup>, que se todos fossem cumpridos explodiria o sistema penitenciário.

Priscila Coelho defende que a questão da superlotação deve ser encarada não somente na questão de vagas, mas deve abrir o espaço para a discussão com psicólogo, arquitetos, educadores<sup>81</sup>, o que demonstra que a arquitetura penal deve servir não para criar a tensão por conta da proximidade forçada em curto espaço, mas para servir como ambiente para o convívio saudável dos aprisionados, sem falar da questão de acesso à saúde, educação e ao trabalho por parte do preso, não cabendo ao próprio administrador do sistema prisional a palavra final para a definição do limite da capacidade de presos na unidade prisional.

Por fim, Adrian Barbosa e Silva lembra que não se pode esquecer que o Brasil é signatário de diversos tratados de direitos humanos como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), sendo que todos versaram sobre a vedação à tortura e às penas cruéis e outras espécies de tratamento desumano e degradante<sup>82</sup>.

Logo, é fato inquestionável que o Brasil se inseriu na onda de encarceramento em massa com a agravante do número de vagas não ter acompanhado o crescimento da população o que é grave, pois contribuiu para a aproximação forçada dos presos com prejuízo para a sua saúde física e mental diante do pouco espaço de confinamento como se fossem aves em gaiolas de granjas, violadora da dignidade da pessoa humana e de tratados internacionais que vedam penas cruéis e tratamento desumano e degradante sendo que é preciso ter coragem para romper tal situação, não se podendo submeter os presos em razão da política de encarceramento em massa para saciar a mídia policial e a sensação de segurança como objeto de consumo às tais condições desumanas.

---

<sup>80</sup> BRASIL. BNMP 2.0. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

<sup>81</sup> COELHO, Priscila. *UM PRESO POR VAGA: ESTRATÉGIAS POLÍTICAS E JUDICIAIS DE CONTENÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA*. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29277/Disserta%20a7%20Priscila%20Coelho%20%28vers%20a3o%20final%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

<sup>82</sup> BARBOSA E SILVA, Adrian. *Garantismo e sistema penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento*. Disponível em: <[http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao\\_GarantismoSistemaPenal.pdf](http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao_GarantismoSistemaPenal.pdf)>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

## 2 PRINCÍPIO DO *NUMERUS CLAUSUS*

A execução penal está subordinada aos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito e à política criminal definida no ordenamento jurídico.

Guilherme de Souza Nucci<sup>83</sup> (2005) tem o seguinte entendimento sobre princípio:

Princípios são ordenações que se irradiam por todo o sistema, dando-lhe contorno e inspirando o legislador (na criação da norma) e o juiz (aplicação da norma) a seguir-lhe os passos. Servem, ainda, de fonte para interpretação e integração do sistema normativo.

Humberto Ávila<sup>84</sup> (2008) relata a definição dos princípios como sendo normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, à medida que servem de fundamento normativo para a interpretação e aplicação do direito, de modo que, de acordo com esta doutrina, os princípios indicam a direção em que se situa a regra a ser encontrada.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>85</sup> (2008) discorre sobre princípio:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Percebe-se o destaque dos princípios dentro do sistema jurídico, pois servem de alicerce, fundamento, sendo que representam as diretrizes e os objetivos que se pretende perseguir no Estado por eles amparado, restando claro que sua violação é inadmissível, sob pena de desestruturação de todo o sistema.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>86</sup> (2008):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa a insurgência contra todo o sistema, subversão aos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

---

<sup>83</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 3ª ed. São Paulo ; Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

<sup>84</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 8ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 35.

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p.943.

<sup>86</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p.943.

Os princípios que estão no ordenamento jurídico, sejam eles implícitos ou explícitos, há vários que são constitucionais, “princípios constitucionais”.

A execução deve assegurar ao apenado todos os direitos fundamentais invioláveis e indisponíveis previstos sendo que a execução penal se baseia em princípios constitucionais e nos princípios contidos no Código de Processo Penal, Código Penal, Lei de Execução Penal e nos Tratados e Convenções Internacionais.

Não é possível a existência de norma que viole um princípio constitucional<sup>87</sup>.

Além disso, Rodrigo Roig<sup>88</sup> (2018) informa que jamais um princípio da execução penal pode ser evocado como fundamento para restringir direitos ou justificar maior rigor punitivo sobre as pessoas presas em decorrência do princípio *pro homine* e, sim, pelo contrário, deve ser interpretado de forma mais favorável ao apenado sendo tal princípio observado no art. 29, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (que fixa, como norma de interpretação, o comando de que nenhuma disposição da convenção seja interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis locais ou outras convenções aderidas) e no art. 5º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (“1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretado no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas; 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”)

Rodrigo Roig<sup>89</sup> define princípio do *numerus clausus* como o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vaga se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução.

---

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid : Trotta, 1999, pp. 20-21.

<sup>88</sup> ROIG, Rodrigo. *Execução Penal : Teoria e Crítica*. 4ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

<sup>89</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal : Teoria e Crítica*. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 2018, p. 100.



Rodrigo Roig<sup>90</sup> menciona que em 1989, Gilbert Bonnemaïson, deputado do Partido Socialista francês, encaminhou ao Ministro da Justiça um relatório completo com diversas propostas para a modernização do serviço público penitenciário da França. Entre as propostas, foi apresentada a ideia do *numerus clausus*, que consistia na obrigatoriedade de que o número de presos em um estabelecimento penal atendesse ao número exato (fechado) de vagas disponíveis, de modo que, uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, deveriam ser escolhidos os presos com melhor prognóstico de adaptabilidade social, impondo-lhes a detenção domiciliar com vigilância eletrônica.

Tal proposta do Deputado francês e o princípio se encaixam perfeitamente na hipótese levantada na presente dissertação de mestrado.

Rodrigo Roig<sup>91</sup> menciona que a ideia passou a ser adotada em países como a Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca que experimentaram a formação de lista de espera e o escalonamento do ingresso nos estabelecimentos penais, sempre que inexistirem vagas suficientes para abrigar os condenados.

Além disso, o autor em questão informa que a Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou a decisão da Corte Federal da Califórnia, entendendo que os tribunais podem emitir ordens que ponham limites ao número de presos, sempre que necessários para assegurar o respeito a um mandamento constitucional<sup>92</sup>.

Luís Carlos Valois entende que não é uma teoria complexa, mas uma conclusão de que o sistema prisional com a superlotação carcerária que é violador da lei, o *numerus clausus* seria uma ideia amenizadora desse caos<sup>93</sup>.

Caberia ao Juízo da Execução observar o princípio *numerus clausus* tendo em vista a capacidade constatada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária na forma do art. 85, parágrafo único da Lei da Execução Penal para que não houvesse o desvio da execução com o excesso de presos.

Sempre que houvesse o excesso, caberia o Juiz da Execução Penal diminuir a população carcerária para dentro da capacidade tendo em vista o art. 185 da Lei da Execução Penal que determina que há excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares sendo

---

<sup>90</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op.cit., p. 100.

<sup>91</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op.cit., p. 103.

<sup>92</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op.cit., p. 104.

<sup>93</sup> VALOIS, Luis Carlos. *Processo de Execução Penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 36.

que o excesso de presos configura em condição desumana, violadora da execução penal sendo que o art. 66, VI, da Lei da Execução Penal atribui a competência ao Juiz da Execução de não permitir a situação violadora dos direitos humanos.

Rodrigo Roig<sup>94</sup> defende a prisão domiciliar em caso de superlotação carcerária:

Na atual conjuntura penitenciária, a adoção desse princípio ou sistema aparece como instrumento de recondução da execução penal a um *status* de conformidade constitucional, sempre que estiver caracterizada a imposição de encarceramento em condições contrárias ao senso de humanidade. Isso porque não se pode admitir que o interesse do Estado em satisfazer sua pretensão punitiva ou executória justifique a ruptura de direitos fundamentais. E mais, é impensável que o Estado esconda sua ineficiência com o sacrifício dos direitos fundamentais.

Vale mencionar que o Projeto de Lei nº513 de 2013 do Senado em seu artigo 114-A prevê a proibição de presos além da capacidade, sendo que havendo preso além da capacidade do estabelecimento, o Juízo de Execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo, o que não deixa de ser uma proposta que visa atender ao princípio do *numerus clausus*.

Logo, o atendimento ao princípio do *numerus clausus* poderia ser por meio de antecipação da progressão de regime de cumprimento da pena do fechado para o semiaberto e do semiaberto para o aberto ou a concessão da prisão domiciliar de forma que não haja excesso de presos em nenhum regime.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais adotou o princípio com a Portaria Conjunta nº834/PR/2019<sup>95</sup> que considerando a existência de estabelecimentos prisionais não interditados com população carcerária acima da capacidade e necessidade de se impedir o tratamento desumano oriundo do superencarceramento e de criar novas vagas no sistema prisional possibilitou a concessão de prisão domiciliar àqueles que cumprem pena em casa de albergado, permitindo que os estabelecimentos destinados a esse regime acolham provisoriamente presos do regime semiaberto e a concessão da prisão domiciliar aos presos do regime semiaberto que estão a até 6 (seis) meses da concessão do benefício de progressão de regime, do livramento condicional ou do fim da pena, permitindo que presos do regime fechado que estão a até 6 (seis) meses da progressão de regime ocupem os espaços disponibilizados pelo semiaberto, mantendo os demais rigores do regime.

O princípio *numerus clausus* poderia ser estabelecido de forma preventiva, direta ou progressiva.

---

<sup>94</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op.cit., p. 114-115.

<sup>95</sup> Disponível em: < <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc08342019.pdf>>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

O preventivo seria para quem não ingressou no sistema prisional que ficaria em prisão domiciliar até o surgimento da vaga. No direto, para quem já está no sistema prisional, seria aplicado mediante o indulto ou prisão domiciliar para quem estiver mais próximo da liberdade. Já no progressivo haveria o efeito cascata de progressão de regime prisional do fechado para o semiaberto, do semiaberto para o aberto e do aberto para o livramento condicional antes do cumprimento do requisito temporal até atingir o número máximo no sistema prisional para o atendimento do princípio *numerus clausus*.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>96</sup> aplica tal princípio quando dispõe que não há óbice à concessão da prisão domiciliar com monitoração eletrônica ao sentenciado em regime semiaberto quando não há vagas no regime específico ou quando não há estabelecimento prisional adequado ou similar na localidade em que cumpre pena.

Trata-se da aplicação da Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula Vinculante 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Pela Súmula Vinculante 56, havendo déficit de vagas, deverão ser determinados a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto e até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

---

<sup>96</sup> AgRg no AREsp 1635909 / DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Dje 13/08/2020. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201903762487&dt\\_publicacao=13/08/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903762487&dt_publicacao=13/08/2020)>. Acesso em: 21 de dezembro de 2020.

### 3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma decisão judicial por meio da qual o Tribunal Constitucional declara a ocorrência de violação maciça e reiterada de direitos fundamentais generalizados e estruturais sendo de tal magnitude que configura uma realidade contrária aos princípios fundadores da Constituição e, portanto, ordena a todas as instituições envolvidas que acabe com esse estado de anormalidade constitucional por meio de ações integrais, oportunas e eficazes<sup>97</sup>.

Em termos muito sintéticos, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema<sup>98</sup>.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>99</sup> define o Estado de Coisas Inconstitucional como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

O Estado de Coisas Inconstitucional guarda afinidade com a *structural reform* que teve origem no caso Brown I (*Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, decidido pela Suprema Corte Americana em 1954, que fez prevalecer a *equal protection clause* e encerrou com a doutrina do sistema de segregação racial conhecida como *separate but equal*, que tinha emergido em um julgamento da Corte Suprema em 1896 (*Plessy vs. Ferguson*), onde se aceitava escolas para brancos e escolas para negros, separados. A Corte deixou que a implementação se desse aos poucos sob a supervisão das cortes distritais sendo que os conselhos escolares acabaram por não cumprir a decisão da Suprema Corte na íntegra<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> PEÑA, Gabriel Bustamante. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. 103.; Dissertação (mestrado) – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011, p. 8.

<sup>98</sup> MARMELSTEIN, George. *Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica*. In Oliveira, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros*. Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 242.

<sup>99</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª ed. Salvador : JusPodium, 2019, pp. 193-194.

<sup>100</sup> Idem, p. 200.

Diante do prosseguimento da inércia em acabar com a separação dos alunos, a Corte detalhou e determinou o fim da separação em *Brown II* (*Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 294, DE 1955)<sup>101</sup> com a delegação de poderes para o Judiciário Federal para a supervisão<sup>102</sup> aos quais foram delegados poderes para a execução dessa medida.

A decisão *Brown* fez com que os movimentos dos direitos civis acreditassem na mudança da ordem vigente por meio de ações judiciais<sup>103</sup>.

Entende-se, também, que a adoção da tese de Estado de Coisas Inconstitucional revela uma nuance do neoconstitucionalismo onde a Constituição não se restringe apenas em impor limites aos poderes, devendo garantir a efetividade dos direitos fundamentais nas realidades sociais que pretende regular<sup>104</sup>, enxergando os atores públicos e privados como vinculados às normas de direitos fundamentais, compreendendo o Direito sob a perspectiva da Moral ante a relevância normativa de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, doses de ativismo judicial e o exercício de poderes políticos para a concretização de direitos fundamentais<sup>105</sup>.

A violação massiva não decorre de ausência de legislação e sim das omissões constitucionais não normativas dos órgãos públicos que ocasiona a falha estrutural que inviabiliza a efetividade dos direitos fundamentais constitucionais garantidos<sup>106</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de omissão não normativa<sup>107</sup> no Brasil diante da não implantação de políticas públicas para a implementação dos direitos fundamentais em processo objetivo<sup>108</sup>.

A concepção doutrinária do Estado de Coisas Inconstitucional que passou a ser acolhida no Brasil começou a ser delineada com a constatação da violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais pela Corte Constitucional da Colômbia tendo em vista a ação ou

---

<sup>101</sup> ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018, pp. 69 e 70.

<sup>102</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformação no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poesis*. A. 18, p. 149, jan/dez 2015.

<sup>103</sup> KLARMAN, Michael. *Court, Congress and Civil Rights*. In: Devins, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (Ed.) *Congress and the Constitution*. Duke University Press : 2005, p. 183.

<sup>104</sup> MORESO, José Juan. *Comanducci sobre o neoconstitucionalismo*. Barcelona. Universidade Pompeu Fabra. 2003. p. 4.

<sup>105</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª ed. Salvador : JusPodium, 2019, p. 166.

<sup>106</sup> Idem, p. 01.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1698. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 25 fev. 2010, DJe 16 abr. 2010.

<sup>108</sup> Pereira, Jane Reis Gonçalves. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformação no diagnóstico das violações à Constituição*. *Revista Juris Poesis*, ano 18, n. 18, jan – dez. 2015, pp. 144-145.

omissão do governo sendo possível a ação de decisão judicial para fazer frente à superação da violação dos direitos fundamentais e para tanto a doutrina colombiana defende a intervenção estrutural da Corte Constitucional naqueles casos em que detecta uma violação massiva e sistemática de direitos. Tal situação é entendida como tendo sido gerada por deficiências dos arranjos inconstitucionais do Estado, tendo como principal consequência que a Corte passa a cumprir funções de criar políticas públicas, alocar recursos e implementar direitos sociais e econômicos que seriam da competência dos outros poderes em um modelo convencional de separação de poderes<sup>109</sup>.

Deve-se entender que na Colômbia, assim como no Brasil, a sua Constituição assumiu o compromisso com os direitos humanos com o fim de privilegiar a dignidade da pessoa humana, num contexto de constitucionalismo latino-americano<sup>110</sup>.

A sistemática da Constituição brasileira, assim como a de outros países latinos, privilegiou os preceitos dos direitos humanos constantes de tratados internacionais de direitos humanos<sup>111</sup>.

As Constituições da América Latina aumentaram o rol de direitos fundamentais, através da inserção dos direitos humanos por meio dos tratados internacionais, responsabilidade do Estado, necessidade de efetivação dos Direitos Sociais, os pluralismos (social, cultural, político, jurídico) e a necessidade de garantir uma democracia participativa<sup>112</sup> sendo que a dignidade da pessoa humana é a referência para o Estado de Coisas Inconstitucional<sup>113</sup>.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional parte das falhas do Estado que resultam na obrigação da atuação de várias entidades estatais para a solução do problema<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York : Cambridge University Press, 2013, p. 129.

<sup>110</sup> JABORANDY, Clara Cardoso Machado; PORTO, Matheus Macedo Lima. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Estado de Coisas Inconstitucional no Constitucionalismo Latino-Americano*. Teoria Jurídica Contemporânea. 2 : 1, jan/jun 2017, p. 191.

<sup>111</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 152.

<sup>112</sup> JABORANDY, Clara Cardoso Machado; PORTO, Matheus Macedo Lima. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Estado de Coisas Inconstitucional no Constitucionalismo Latino-Americano*. Teoria Jurídica Contemporânea. 2 : 1, jan/jun 2017, p. 199.

<sup>113</sup> Idem. p. 204.

<sup>114</sup> ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York : Cambridge University Press, 2013, p. 129; RODRIGUEZ, Cesar Garavito. Más allá del desplazamiento o como superar un estado de cosas inconstitucional. In: RODRIGUEZ, Cesar Garavito (Coord.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y*

Busca-se conduzir o Estado para a observância da dignidade da pessoa humana e das garantias dos direitos fundamentais uma vez que estejam em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos<sup>115</sup>.

Revela-se como objetivo de solução de violação massiva de forma objetiva e não entre partes ou de casos individuais, contribuindo para a formulação de políticas públicas, sua implementação e execução.

Vale destacar, inicialmente, que a Constituição da Colômbia de 1991 previu em seu artigo 86 a ação de tutela para a proteção dos direitos humanos de origem constitucional:

Toda pessoa terá uma ação de tutela para reclamar perante os juízes, em qualquer hora e local, por meio de procedimento preferencial e sumário, por si só ou por quem age em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, sempre que violadas ou ameaçadas pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública.

A proteção consiste em uma ordem para a pessoa em relação à qual a tutela, agir ou abster-se de fazê-lo. A decisão, que será o cumprimento imediato, pode ser impugnada perante o juiz competente e, em qualquer caso, este deve remeter ao Tribunal Constitucional para possível revisão.

Essa ação só prosseguirá quando a parte afetada não tiver outros meios de defesa judicial, a menos que seja usado como mecanismo transitório para evitar danos irremediáveis.

Em nenhum caso poderá decorrer mais de dez dias entre o pedido de tutela e sua resolução.

A lei estabelecerá os casos em que a ação de proteção ocorre contra indivíduos responsáveis pela prestação de um serviço público ou cuja conduta afeta seriamente e diretamente o interesse coletivo ou com relação a quem o requerente se encontra em um estado de subordinação ou indefesa.

Qualquer pessoa, independentemente de advogado, poderia peticionar perante um Juiz para reclamar a proteção de direitos fundamentais sendo que tais ações acabavam por ir até a Corte Constitucional Colombiana por meio de revisão<sup>116</sup>.

Com a chegada das ações de tutela na Corte Constitucional, esta criou jurisprudencialmente o entendimento sobre o Estado de Coisas Inconstitucional<sup>117</sup>, embora se possa elencar a outorga dada à Corte Constitucional da guarda e proteção da integridade da Constituição, a proteção do estado social e democrático de direito que obriga o poder público

---

superación del desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 435.

<sup>115</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª ed. Salvador : JusPodium, 2019, p. 102.

<sup>116</sup> Constituição da República da Colômbia. Arts. 86 e 241.9: *Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales*.

<sup>117</sup> ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018, p. 29.

a responder às demandas sociais e econômicas<sup>118</sup>, a primazia dos direitos humanos e o cumprimento das obrigações internacionais em matéria de direitos fundamentais<sup>119</sup>.

A primeira vez que a Corte Constitucional Colombiana aplicou o entendimento sobre Estado de Coisas Inconstitucional ocorreu em 1997, por meio da *Sentencia n° SU-559*, de 06 de novembro de 1997.

No caso concreto, dezenas de ações de tutela de 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano que contribuía para o fundo previdenciário, mas não recebiam cobertura de saúde e nem seguridade social, pois não era permitida aos mesmos a filiação ao Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério (Fundo de Previdência Social exclusivo do magistério) chegaram até a Corte Constitucional da Colômbia.

A Corte Constitucional decidiu para além dos 45 professores, pois reconheceu que era um problema generalizado com distribuição desigual de recursos sendo que a origem do problema não era apenas nos municípios de María La Baja e Zambrano, razão pela qual os outros municípios receberam a determinação de corrigir a falha para evitar a repetição de ações com a mesma causa de pedir e pedido, o que importaria em acúmulo de processos com a reiteração de ações de tutela por parte de outros preteridos na mesma situação, sendo que a decisão entendeu que a não afiliação ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais para professores constitui uma violação do direito à igualdade, especialmente se for levado em consideração que a grande maioria dos professores financiados com recursos do Poder Público já foi afiliada ao Fundo e, com isto, determinou a afiliação de todos os professores ao fundo em questão independentemente da fonte de financiamento<sup>120</sup>.

Não houve a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja por ação ou omissão normativa, mas o reconhecimento de situação que violava massivamente a Constituição da Colômbia.

A segunda oportunidade que a Corte Constitucional Colombiana teve de aplicar o Estado de Coisas Inconstitucional foi na *Sentencia T – 068*, em 1998, diante da demora da Caixa Nacional de Previdência em responder aos pedidos de aposentados e pensionistas para recálculo e pagamento de diferenças das verbas previdenciárias<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> YEPES, Rodrigo Uprimny. *A Judicialização da Política na Colômbia : Potencialidades e Riscos*. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. V. 6, 2007, p. 54.

<sup>119</sup> BUSTAMANTE, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. Dissertação em Estudos Políticos. Faculdade de Ciência Política e Relações Internacionais. *Pontificia Universidad Javeriana*, Bogotá, 2011, p. 10.

<sup>120</sup> COLOMBIA. *Sentencia SU-559*, de 06 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

<sup>121</sup> COLOMBIA. *Sentencia T – 068*, em 1998. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>> Acesso em: 17 de julho de 2020.



A Corte reconheceu que o atraso de anos para responder aos pleitos, em média de 2 a 3 anos, correspondia à violação massiva ao direito de petição, configurando a ineficiência administrativa, sem falar que importava em aumento da demanda ao Poder Judiciário por conta de ações judiciais<sup>122</sup>.

Com isto, a Corte Constitucional colombiana reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, determinou que a Caixa Nacional de Previdência resolvesse o direito de fundo dos aposentados e pensionistas, ordenou aos Ministros da Fazenda e do Crédito Público e do Trabalho e da Seguridade Social, ao Chefe do Departamento Administrativo da Função Pública e à Gerência da Caixa Nacional de Previdência Social, no prazo de seis meses, corrigisse as falhas de organização e procedimento que resultavam no atraso, bem como comunicou a decisão ao Procurador Geral da Nação e ao Controlador Geral da República para que velasse o cumprimento da decisão e a eficiência da Caixa Nacional de Previdência e que o Defensor do Povo zelasse pelo respeito aos direitos dos aposentados e pensionistas<sup>123</sup>.

Em relação ao nosso tema, a Corte Constitucional colombiana também enfrentou o problema da superlotação carcerária na *Sentencia T – 153*, em 1998.

O primeiro caso (processo nº T-137.001) foi ajuizado por Manuel José Duque Arcila que interpôs uma ação de tutela contra o Ministério da Justiça e o INPEC, pois acreditava que essas entidades violavam seus direitos humanos ao não tomar medidas para solucionar a situação de superlotação em que os presos se encontravam.

O preso se encontrava na prisão nacional de Bellavista, em Medellín, e relatou o intenso calor no presídio que fazia com que os mesmos só conseguissem dormir depois da meia noite em ambiente superlotado.

O preso pediu providências sendo que o Diretor do Presídio, prisão nacional de Bellavista, em Medellín, depois de intimado para se manifestar, ressaltou que havia a superlotação, mas que não podia prevaricar por omissão em deixar de receber um preso por decisão judicial ainda que o presídio estivesse superlotado, que não tinha responsabilidade pela política criminal e porque não tinha meios de ampliar a capacidade de presos.

O Ministério da Justiça se eximiu da responsabilidade alegando que o INPEC (Instituto Nacional Penitenciário e Prisional) não era subordinado juridicamente ao Ministério da Justiça e que a direção da política penitenciária era de competência exclusiva do INPEC.

---

<sup>122</sup> Idem.

<sup>123</sup> Ibidem.

O INPEC alegou que a superlotação era fruto do aumento da criminalidade e que não tinha orçamento para aumentar a capacidade do sistema penitenciário para tratamento justo e decente.

Na ação de tutela, Processo T-143950, em 4 de agosto de 1997, diferentes presos da Prisão Nacional Modelo e membros do Comitê Permanente de Direitos Humanos deste centro ingressaram com a ação de tutela contra o INPEC por considerar que violava os direitos humanos e os direitos fundamentais à saúde, igualdade, privacidade e intimidade dos presos a reforma nos pavilhões 3, 4 e 5, pois ao tentar "remodelar os setores ocidentais dos três pavilhões mencionados, ignorando os requisitos técnicos, humanitários e legais, o que é necessário nesses casos; pretendiam nas novas celas acomodar no mínimo quatro (4) internos em um espaço de 6,60 metros quadrados, ficando uma área média por prisioneiro de 1,65 metros quadrados, o que os impedia de se movimentar livremente e de forma normal, ou seja, impedindo-os de viver de maneira humana.

Em outras palavras, percebe-se que a reforma deixou o espaço suficiente apenas para manter um preso deitado sem espaço para caminhar dentro da cela como se fosse os navios negreiros trazendo os escravos negros da África para a América, também conhecido como navios tumbeiros.

Alegaram ainda, na ação de tutela, que a ventilação da cela e do banheiro ocorria apenas por meio de um orifício de 29 cm de altura por 49 cm de largura, bem como que havia a insuficiência de evacuação dos excrementos no sistema sanitário do presídio.

Eles acrescentam que a reforma também seria realizada nos pavilhões 1 e 2 e aumentaria a superlotação e agravaria as já precárias condições de vida da população carcerária "em uma conduta clara que viola a dignidade humana".

A Corte Constitucional reconheceu que a superlotação carcerária importava em Estado de Coisas Inconstitucional na medida em que não servia para a ressocialização dos presos e importava em abandono aos direitos fundamentais tais como a dignidade, a vida, a integridade pessoal, a saúde, o trabalho e a presunção de inocência conforme a ementa da decisão em tradução livre abaixo<sup>124</sup>:

As prisões colombianas são caracterizadas por superlotação com sérias deficiências em questões de serviços públicos e de assistência social, império de violência, extorsão, corrupção e falta de oportunidades e meios para a ressocialização dos presos. Esta situação está totalmente de acordo com a definição do estado inconstitucional. E daí a flagrante violação de uma série de direitos fundamentais dos reclusos nos centros penitenciários colombianos, como dignidade, vida e integridade do pessoal, direitos à família, saúde, trabalho e presunção de inocência,

---

<sup>124</sup> COLOMBIA. *Sentencia T-153*, de 28 de abril de 1998. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

etc. Por muitos anos, a sociedade e o Estado cruzaram os braços diante dessa situação, observando com indiferença a tragédia diária das prisões, apesar dela representar dia após dia a transgressão da Constituição e da lei. As circunstâncias em que a vida na prisão representam não apenas uma questão delicada de ordem pública, como atualmente percebida, mas uma situação de extrema gravidade social que não pode ser deixada sem vigilância. Mas o remédio para os males que atormentam o sistema penitenciário não está apenas nas mãos do INPEC ou do Ministério da Justiça. Por esse motivo, o Tribunal deve exigir que diferentes ramos e órgãos do Poder Público tomem as medidas apropriadas na direção de resolver esse problema.

A *Sentencia T – 153* em razão do Estado de Coisas Inconstitucional ordenou que fossem notificados do ECI os Presidentes da República, do Senado, da Câmara, da Turma de Direito Penal da Corte Suprema de Justiça, das Turmas Administrativa e Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura, o Fiscal Geral da Nação, os Governadores e Prefeitos, os Presidentes das Assembleias dos Departamentos e dos Conselhos Municipais; ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC, ao Ministério da Justiça e do Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento a elaboração, dentro de três meses, de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias de modo a assegurar condições dignas aos presos, bem como a direção da realização total do plano que deveria se dar no prazo máximo de quatro anos; determinou que o Governo nacional providenciasse os recursos orçamentários e demais medidas necessárias à execução do aludido plano; incumbiu a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação de supervisionarem essa execução; ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC que promovesse, no prazo máximo de 4 anos, a separação total dos presos provisórios daqueles já condenados; ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC e aos Ministérios da Justiça e do Direito e da Fazenda a tomada de providências necessárias para solucionar a carência de pessoal especializado nas prisões; ordenou aos Governadores, Prefeitos e Presidentes das Assembleias dos Departamentos e Conselhos Municipais que cumprissem com a obrigação de criar e manter presídios próprios e, por fim, ordenou ao Presidente da República, como suprema autoridade administrativa do país, e ao Ministro da Justiça e do Direito que, enquanto estivessem andamento as obras públicas determinadas, tomassem as medidas necessárias para assegurar a ordem pública e o respeito dos direitos fundamentais dos internos nos estabelecimentos de reclusão do país<sup>125</sup>.

A Corte Constitucional Colombiana chegou ao ponto de direcionar o gasto na reforma e construção de presídios porque entendeu que mesmos que os gastos para a melhora do sistema prisional importasse na redução em outros campos, o sacrifício não seria

---

<sup>125</sup> Idem.

desproporcional, devido à sua natureza temporária, da dívida da Nação com os presos tendo em vista a violação confirmada de seus direitos fundamentais e de obrigações especiais do Estado para com os presos sendo que o sacrifício necessário no âmbito do dever do cidadão de solidariedade social<sup>126</sup>.

A decisão ordenou que no prazo de três meses fosse elaborado um plano de construções e restauração, com o qual a situação de superlotação pudesse ser tratada com adaptação aos requisitos mínimos para a acomodação dos apenados sendo que tal plano deveria ser preparado pelo INPEC, pelo Ministério da Justiça e pelo Departamento Nacional de Planejamento com a supervisão do Gabinete do Provedor de Justiça e do Gabinete do Procurador Geral da Nação em relação aos projetos de novas construções e as adaptações das existentes atendendo aos parâmetros mínimos para a construção de prisões no prazo máximo de 4 anos a partir da notificação da sentença.

A decisão teve o mérito de trazer a questão do sistema prisional colombiano para o debate e retirar da inércia os órgãos e autoridades públicas, bem como foi responsável pela criação de mais vinte mil vagas no sistema prisional<sup>127</sup>.

Apesar da *Sentencia T – 153*, a Corte Constitucional Colombiana foi obrigada a reconhecer por mais duas vezes a persistência do Estado de Coisas Inconstitucional em razão da superlotação carcerária.

A primeira foi na *Sentencia T – 388*, em 2013, onde a mesma reconheceu novamente o Estado de Coisas Inconstitucional em razão da superlotação carcerária<sup>128</sup>:

A violência nas prisões é uma questão para muitos sistemas prisionais do mundo, mas especialmente para aqueles que estão superlotados. A superpopulação nas prisões, por si só, incentiva à violência. A superlotação das prisões leva à escassez dos bens e serviços mais básicos dentro das prisões, como um local para dormir. Isso leva à corrupção e à necessidade de gerar um mercado alternativo ilegal, no qual esses escassos bens básicos são negociados, o que o Estado deve garantir a uma pessoa, principalmente pelo fato de serem privados de liberdade sob seu controle e sujeição. A imprensa, como os escritos acadêmicos, mostrou como as pessoas mantidas em penitenciárias e prisões têm que pagar por tudo. Conseguir um bom lugar em um corredor tem seus custos; A obtenção de uma cela é praticamente impossível, principalmente devido ao seu alto valor. Diferentes analistas da realidade nacional, em vários meios de comunicação, apresentaram suas opiniões a esse respeito. São vozes que coincidem na seriedade da crise nas prisões e no seu impacto na dignidade e nos direitos humanos. Foi classificado, entre outros termos,

---

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> CHAGAS, Tayná Tavares das; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D’Alessandro et al. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro*. Disponível: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941/15320>>. Acesso em: 17 de julho de 2020.

<sup>128</sup> COLOMBIA. *Sentencia T-388*, 2013. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

como "insustentável". Por exemplo, as condições de extorsão e chantagem geram recursos que, no contexto do conflito armado, se tornam um espólio de guerra.

O sistema penitenciário colombiano está novamente em um estado de coisas contrário à Constituição atual. Os estabelecimentos penitenciários do país estão em situação de crise estrutural. Esta não é a ausência de progresso ou ações por parte das autoridades, uma vez que elas realizaram ações destinadas a resolver o estado inconstitucional das coisas evidenciado pela jurisprudência constitucional em 1998. De fato, é em grande parte graças a essas ações por Política pública que o Tribunal Constitucional entendeu ter superado tal estado de coisas vivido no final do século XX. Contudo, as evidências factuais, bem como as informações conhecidas publicamente, evidenciam que, mais uma vez, o sistema penitenciário colombiano está em um estado de coisas contrárias à ordem constitucional em vigor, o que implica uma falta de conhecimento da dignidade humana, princípio fundador de um estado social de direito. Em outras palavras, o atual sistema penitenciário é incompatível com um estado de direito social e democrático.

Novamente na *Sentencia T – 762*, em 2015, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário colombiano<sup>129</sup>:

Este Tribunal decidiu por meio das sentenças T-153 de 1998 e T-388 de 2013, nas quais o Tribunal Constitucional declarou a existência de um Estado de Coisas inconstitucional (ICE) "nas prisões" e no "Sistema Penitenciário e Prisão", respectivamente. Nesses julgamentos, esta Corporação evidenciou falhas de natureza estrutural que exigem a colaboração harmoniosa das entidades do Estado, a fim de superá-las. Da mesma forma, esses dois julgamentos são importantes referências jurisprudenciais a partir das quais os problemas penitenciários do país foram diagnosticados e compreendidos, especialmente pelo juiz constitucional. O julgamento T-153 de 1998, após análise histórica do fenômeno da ocupação carcerária no país, identificou como um dos focos de ação contra a superpopulação, entre outros, a necessária adaptação da infraestrutura física do sistema penitenciário e prisão do tempo. Quase 15 anos depois, a Sentença T-388 de 2013 reconheceu que os esforços na criação de uma infraestrutura prisional que expandiu a cobertura foram, em grande parte, bem-sucedidos. Por esse motivo, e ao evidenciar que, apesar dos esforços, a crise permaneceu em vigor, nesta decisão, foi dada maior ênfase à necessidade de adaptar a política criminal do país aos padrões e estruturas de proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade, porque dessa perspectiva resultados muito mais sustentáveis podem ser alcançados.

A falha da primeira *Sentencia* sobre a superlotação carcerária consistiu na falta de monitoramento do cumprimento das ordens das *Sentencias*<sup>130</sup> tanto que na *Sentencia T - 625* se determinou que a Defensoria Pública monitorasse o cumprimento das decisões.

Houve a falta de diálogo em torno da melhor maneira de concretizar as decisões e manutenção da jurisdição sobre a execução das medidas<sup>131</sup> sendo tal problema solucionado no caso do deslocamento forçado de pessoas<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> COLOMBIA. *Sentencia T-762*, 2015. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

<sup>130</sup> CHAGAS, Tayná Tavares das; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro et al. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro*. Disponível: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941/15320>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>131</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019, p. 141.

<sup>132</sup> ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 44.

Esse novo atuar da Corte Constitucional passou a ser denominado de ativismo dialógico<sup>133</sup> sendo que a Corte Constitucional passou a realizar audiências públicas e autos de acompanhamento com a finalidade para o cumprimento da decisão da Corte Constitucional Colombiana em Estado de Coisas Inconstitucional<sup>134</sup>.

A nosso ver, as *sentencias* dependem que as instituições realizem as suas tarefas atribuídas pela decisão judicial para a solução do Estado de Coisas Inconstitucional sendo que a continuidade da superlotação carcerária diante da inércia do Executivo em ampliar a capacidade de abrigo ou do Legislativo em não adotar legislação despenalizadora pode ser superada com a implementação da prisão domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico que vem a ser uma decisão que emana do próprio Poder Judiciário.

Retornando para o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional, a *Sentencia ST 025* de 2004<sup>135</sup> apontou os seguintes pressupostos para o Estado de Coisas Inconstitucional:

- a) um quadro de violação generalizada, contínua e sistêmica de direitos fundamentais que afeta um número significativo de pessoas;
- b) a prolongada omissão, inércia e/ou incapacidade persistente e reiterada das autoridades públicas em modificar a conjuntura das violações perpetradas para a garantia dos direitos consagrados;
- c) um conjunto de transgressões inconstitucionais (e inconvenções) que exigem a atuação não apenas de um único órgão, mas de uma pluralidade de autoridades (“transformações estruturais”), das quais se requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional ocorre no âmbito dos chamados casos estruturais, que são aqueles caracterizados por: (i) atingir um grande número de pessoas que alegam a violação de seus direitos, (ii) envolver diversas entidades estatais, que são demandadas judicialmente em razão de sua responsabilidade por falhas sistemáticas na implementação das políticas públicas, e (iii) implicar em ordens de execução complexas, mediante as quais os juízes determinam a várias entidades públicas que empreendam ações coordenadas para a proteção de toda a população afetada, e não apenas dos demandantes do caso concreto<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Idem, p. 54.

<sup>134</sup> GARAVITO, Rodrigues; FRANCO, Rodriguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 85.

<sup>135</sup> COLOMBIA. *Sentencia ST-025*, de 06 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 14 de julho de 2020.

<sup>136</sup> GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá del desplazamiento, o cómo superar un Estado de cosas inconstitucional*. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 435.

César Rodríguez Garavito<sup>137</sup> expõe que a decisão que reconhece o Estado de Coisas Inconstitucional tem um fim prático fundamental: impulsionar o aparato estatal a elaborar, implementar, financiar e avaliar as políticas públicas necessárias para fazer cessar a violação massiva de direitos que foi declarada.

Em relação ao primeiro pressuposto, a ação que versa sobre o Estado de Coisas Inconstitucional não se restringe seus efeitos apenas para as partes e sim beneficia a todos que estão tendo os seus direitos fundamentais violados.

Em relação ao segundo pressuposto, tem-se que o Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se deixa de tomar as medidas práticas com ou sem alocação de recursos públicos para a implementação dos direitos fundamentais.

O terceiro pressuposto exige que a transgressão parta de mais de uma entidade ou órgão sendo a decisão coletiva para que os órgãos ou entidades assumam, cada um, o seu papel para a solução do problema identificado, seja no plano legislativo ou executivo.

Com base na *sentencia T-025*, pode-se dizer que o Estado de Coisas Inconstitucional tem efeitos: efeito criador, efeito de desbloqueio institucional e político, efeito coordenador, efeito deliberativo, efeito de políticas públicas e efeito social.

O efeito criador consiste na mudança do problema metajurídico para um problema judicial com a repercussão do caso em razão do seu debate na Corte Constitucional perante a sociedade.

Os efeitos de desbloqueio institucional e político vêm justamente para atacar a passividade dos órgãos públicos diante da sua omissão não normativa violadora dos direitos fundamentais, onde a decisão busca a solução e o acompanhamento da implementação da decisão para que não prossiga o bloqueio institucional e político.

O efeito coordenador vem justamente na natureza do diálogo entre a Corte e os demais poderes para a solução do problema, agindo a Corte como coordenador institucional, inclusive com o monitoramento do cumprimento da decisão.

O efeito deliberativo consiste em que as decisões estruturais podem ser promotoras – antes de inibidoras – do debate democrático e da prestação de contas públicas pelas autoridades competentes, inclusive com a realização de audiências públicas e autos de acompanhamento para a avaliação do cumprimento das ordens<sup>138</sup>. Assim o Judiciário pode expedir novas ordens aos órgãos públicos para o devido cumprimento da decisão<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Idem. p. 438.

Em relação ao efeito de políticas públicas, a decisão no Estado de Coisas Inconstitucional possibilita o planejamento e a realização de políticas públicas para a implementação dos direitos fundamentais<sup>140</sup>.

Por fim, o efeito social pode ser material com a devida concretização na realidade fática do objetivo pretendido com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e simbólico na medida em que traz à consciência coletiva o debate e o objetivo de superar o problema.

Pode-se apontar que o Estado de Coisas Inconstitucional tem o seguinte roteiro:

Ajuizamento de demanda → identificação e prova do quadro de violações sistemáticas de direitos fundamentais e falha estrutural por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas, etc. → decisão de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional → comunicação do Estado de Coisas Inconstitucional → estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis (possibilidade de audiências públicas antes da elaboração desses planos) → apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridos → execução do plano de solução pelas entidades envolvidas → monitoramento do cumprimento do plano pelo Judiciário ou por entidade indicadas por ele → realização de audiências públicas e medidas auxiliares para avaliar o cumprimento do plano (diálogo com sociedade civil e os grupos vulneráveis) → após término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do Estado de Coisas Inconstitucional → em caso de não superação do Estado de Coisas Inconstitucional, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito → declaração de permanência do Estado de Coisas Inconstitucional e repetição do esquema, porém, desta vez, com atuação judicial mais intensa e ordens mais detalhadas<sup>141</sup>.

O entendimento sobre o Estado de Coisas Inconstitucional sofre resistência por parte da doutrina que a vê como a invasão do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo na opção de escolha de política e que não se trata de controle de constitucionalidade, pois não trata

---

<sup>138</sup> ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018, pp. 80-81.

<sup>139</sup> GARAVITO, Rodrigues; FRANCO, Rodriguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, *Dejusticia*, 2010, p. 173.

<sup>140</sup> Idem. p. 192.

<sup>141</sup> MARMELSTEIN, George. *Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica*. In Oliveira, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros*. Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 251.



sobre lei ou norma e sim sobre o estado de fatos<sup>142</sup>. Lênio Streck vê como o auge do ativismo judicial<sup>143</sup>.

Acontece que a finalidade do Estado de Coisas Inconstitucional não é tornar o Poder Judiciário um superpoder e sim agente de diálogo com os outros poderes, por meio de supervisão e acompanhamento, para a concretização de direitos fundamentais<sup>144</sup>.

Tratar-se-ia de sentenças dialógicas que definiriam metas e caminhos de implementação por meio de prazos e acompanhamento do progresso das ordens proferidas, deixando as decisões mais importantes e detalhes das consequências para agências governamentais<sup>145</sup>.

Seria a superlotação carcerária no Brasil uma violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, dos dispositivos constitucionais dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no art. 5º que vedam as penas cruéis e a vedação ao tratamento desumano ou degradante? Aliás, seria uma superpopulação carcerária uma condição de tratamento desumano ou degradante?

Vale mencionar que o Brasil não carece de normas no plano da execução penal em razão das regras da Lei da Execução Penal e o fato do Brasil ser signatário de tratados como as Regras Mínimas para tratamento de reclusos e o Pacto de San José da Costa Rica.

A Comissão Parlamentar de Investigação do Congresso Nacional em seu relatório final em 2009 apontou que o Brasil tem excelente legislação, mas os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que os animais como lixo humano<sup>146</sup>.

A violação aos direitos dos presos, que pode ocorrer em qualquer lugar do mundo, não é uma exceção, e, sim, no Brasil, uma regra, sendo o tratamento adequado ao preso, uma exceção<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> VASCONCELOS, Diego de Paiva. *A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI); estrutura da decisão e os limites funcionais do direito*. Revista Conpedi Law Review. 2017, p. 285-306, Braga. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/480>>. Acessado em 14 jul. 2020. pp. 289-290.

<sup>143</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Conjur. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acessado em 14 de julho de 2020.

<sup>144</sup> MARMELSTEIN, George. *Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica*. In Oliveira, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros*. Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 254.

<sup>145</sup> SANTOS, Helena Maria Pereira; Vieira, José Ribas; Damasceno, Luana Regina D'Alessandro; Chagas, Tayná Tavares das. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro*. *Quaestio Juris*. vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015, p. 2606.

<sup>146</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 192. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em: 19 de julho de 2020.

O acolhimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil ocorreu no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, interposto pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) onde se requereu a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário<sup>148</sup> sendo que a ação foi baseada em uma pesquisa realizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro<sup>149</sup>, fundamentada em parecer do Professor de Direito Penal da instituição, Juarez Tavares<sup>150</sup> e a situação de Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema carcerário, sendo que foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento do pedido da medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal<sup>151</sup>.

Da decisão prolatada se verificam os requisitos estipulados para que se possa aplicar o Estado de Coisas Inconstitucional que foi incorporado pelo Supremo Tribunal Federal, a saber: i) violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público; ii) inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade; iii) situação retratada decorrente de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema dependa da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais

---

<sup>147</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Revista de Direito Administrativo, v. 254, maio/ago. 2010, p. 45.

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso: 17 jul.2020.

<sup>149</sup> ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018, p. 160.

<sup>150</sup> LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e seu Papel Como Instrumento na Efetivação da Política Pública Carcerária*. Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas. V. 3. n. 2. jul/dez 2017, p. 20.

<sup>151</sup> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. 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 caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (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). BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 19 de julho de 2020.

da União Federal, dos Estados e do Distrito Federal; e iv) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos fundamentais<sup>152</sup>.

Antes disso, o Estado de Coisas Inconstitucional foi mencionado no voto vista do Ministro Barroso que proferiu na Questão de Ordem suscitada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade Nº 4.357 e Nº 4.425, atinentes à modulação temporal da decisão que reconheceu inconstitucionalidades na Emenda Constitucional nº62, que tratara do pagamento de precatórios, aludiu ao “estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública”. A Corte decidiu que competia ao CNJ elaborar a proposta normativa para equacionar os problemas, bem como o papel de monitoramento e supervisão do cumprimento das medidas que impusera aos entes públicos<sup>153</sup>, sendo que este papel caberia ao Supremo Tribunal Federal se já tivesse acolhido o entendimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

---

<sup>152</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; LASCANE NETO, Felipe. *As Condições das Penitenciárias no Brasil e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Revista de Direitos Penal, Processo Penal e Constituição. V. 2. n. 2. p. 20, jul/dez 2016, p. 197.

<sup>153</sup> Idem. p. 24.

#### 4 Decisões emblemáticas sobre sistema prisional degradante e superlotação

Houve a escolha do Recurso Extraordinário 580.252/MS, Recurso Extraordinário 592.581/RS, Recurso Extraordinário 641.320/RS, *Habeas Corpus* 143.988/ES, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal e *Brown v. Plata* por terem sido ações que trataram da questão da superlotação carcerária, reconhecimento desta situação, sobre a responsabilidade do Estado em relação à integridade do preso e da possibilidade do Judiciário de interferir diretamente na superlotação para por freio ao excesso com a determinação da soltura dos presos no regime semiaberto e internos em excesso, o que é importante para a demonstração que há decisões judiciais que permitem lastrear o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional em razão da superpopulação carcerária e, diante do princípio do *numerus clausus*, com isto, ordenar a retirada dos presos do cárcere quando se tratar de presos no regime fechado e provisórios quando diante da situação degradante, cruel e inconstitucional de superpopulação carcerária.

O Recurso Extraordinário 580.252/MS reconheceu o dever de indenização do Estado com reparação pecuniária por dano moral aos presos que cumpriram pena em presídios degradantes. O Recurso Extraordinário 592.581/RS reconheceu a possibilidade do Poder Público em obrigar a União e os Estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos condenados, independentemente de dotação orçamentária, quando presente a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial à sobrevivência do preso. O Recurso Extraordinário 641.320/RS reconheceu a possibilidade do condenado, no regime semiaberto, em cumprir pena em regime aberto ou domiciliar na falta de estabelecimento adequado sendo que a Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal cristalizou o entendimento do Recurso Extraordinário acima mencionado. O *Habeas Corpus* Coletivo 143.988/ES delimitou a taxa de ocupação das unidades de internação de menores. A Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF reconheceu a situação de fato da superlotação carcerária e *Brown vs Plata*, em 2011, que envolvia a superlotação carcerária na Califórnia (Estados Unidos) sendo que foi determinada a redução da superlotação e, diante da inércia, decretou-se a soltura de presos com base na Oitava Emenda à Constituição americana que proíbe penas cruéis e degradantes<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown vs. Plata*. n. 09-123.

#### 4.1 Recurso Extraordinário 580.252/MS

O Recurso Extraordinário 580.252/MS<sup>155</sup> trata da responsabilidade civil do Estado em razão da violação dos direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários decorrente do art. 37, § 6º da Constituição Federal em razão da obrigação do Estado em manter as condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade decorrente da lei, não sendo possível aplicar o princípio da reserva legal e nem alegar que a indenização não tem o alcance de eliminar os problemas do sistema carcerário como um todo.

O Recurso Extraordinário fundamentou que cabe a indenização com base na Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 – crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955).

O Recurso Extraordinário negou a aplicação analógica do art. 126 da Lei da Execução Penal como remição da pena como indenização, cabendo apenas a indenização pecuniária.

O importante para a análise do Recurso Extraordinário é o reconhecimento da situação inóspita do cárcere como fundamento para a indenização fixada em R\$2.000,00 (dois mil reais) sendo que foi estabelecida a seguinte tese:

*“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.”*

---

<sup>155</sup> BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em 07 de novembro de 2020.

O Recurso Extraordinário teve origem em demanda movida por detento, condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), com o fim de pagamento de indenização por dano moral causado pelas condições inadequadas a que estava submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul.

No recurso extraordinário (fls. 253/260), o preso apontou ofensa aos artigos 5º, III, X, XLIX; e 37º, § 6º, da Constituição, e também ao artigo 5º do Pacto de São José da Costa Rica.

No Recurso Extraordinário se apontou que a submissão do preso e outros detentos na mesma penitenciária a tratamento desumano e degradante foi expressamente reconhecida pelo acórdão recorrido, o que lhe causa anormal sofrimento configurador de dano moral indenizável sendo que é dever do Estado atender minimamente as condições carcerárias previstas em lei relativamente aos que estão sob sua custódia, inclusive no sentido de reeducá-los para o retorno à sociedade.

O próprio Estado do Mato do Grosso do Sul admitiu, publicamente, o caos do sistema prisional, tendo o Governador reeditado, por diversas vezes, o Decreto “E” n. 41, de 16/05/2005, no qual faz as considerações necessárias para decretar a “Situação de Emergência” dos Presídios em decorrência “do colapso do Sistema Penitenciário”.

O encarcerado alegou que o princípio da reserva do possível não pode ser abstratamente invocado, sob pena do Estado se utilizar desse argumento para afastar sua responsabilidade em diversas áreas de sua atuação.

O recurso extraordinário teve seguimento negado na origem, sob o fundamento de necessidade do reexame do conjunto fático probatório dos autos, esbarrando na súmula 279/STF. Todavia, o Min. AYRES BRITTO, relator original, em decisão proferida em 10/02/2010, deu provimento ao agravo de instrumento e determinou sua conversão em recurso extraordinário.

Deferido pedido de ingresso no processo na condição de *amicus curiae*, a União, por seu Advogado-Geral, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, sustentando, em síntese, que há de ser aplicada ao caso concreto a teoria de responsabilidade subjetiva, com base na culpa administrativa, somente cabendo a responsabilidade do Estado caso esteja ele obrigado a impedir o dano, se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.

A União alegou que é de conhecimento público e notório que todos os presídios do país, não só os do Estado do Mato Grosso Sul, estão em situação de superlotação, o que só vem crescendo ao longo dos anos, conforme demonstram os dados e que a construção de unidades prisionais adequadas encontra óbice no princípio da reserva do possível, pois os

direitos de segunda geração, que impõem ao Poder Público a implementação de políticas públicas para que os presos possam usufruir de uma prisão digna, são sempre onerosos e dependem da disponibilidade financeira do Estado.

Aduziu-se que não há dano moral a ser indenizado, tendo em vista que “inexiste direito do recorrente a que o Estado promova melhorias no sistema carcerário, sem que haja disposição orçamentária específica e não há norma na Constituição que determine a priorização da construção de presídios” e que “não é pelo fato de o Poder Judiciário condenar o Estado ao pagamento de um determinado valor a um dos presos, por danos morais, que a alegada situação danosa se extinguirá”; na verdade, isso agravará a situação, pois o valor da indenização deixará de ser utilizado em prol do sistema penitenciário, havendo prejuízo para os demais detentos e para a sociedade sendo que caso houvesse a multiplicação de ações nesse sentido, poderia haver um sério comprometimento das políticas públicas carcerárias dos Estados.

Por fim, alegou-se que diversos convênios foram firmados entre a União e Estados da federação, o que denota que não há omissão do Poder Público e demonstra sua preocupação em solucionar o problema sendo que entre 1995 e 2011 foram celebrados 1.456 instrumentos com Unidades Federativas, o que resultou num repasse de aproximadamente 1,9 bilhão de reais do FUNPEN para financiar e apoiar as ações de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário brasileiro, e, no Estado do Mato Grosso do Sul, foram firmados 19 convênios “resultando num valor elevadíssimo de repasse”.

A Procuradoria-Geral da República, em consonância com a Advocacia-Geral da União, opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário, mas sob o fundamento da ausência do nexo de causalidade, porquanto “o descumprimento do dever constitucionalmente imposto de que seja assegurado ao preso o respeito a sua integridade física e moral (CF, artigo 5º, XLIX) não implica a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos supostamente gerados pela demora na construção e reforma de unidades prisionais e consequente superlotação carcerária”.

O entendimento da União e da Procuradoria-Geral da República não foi acolhido no julgamento da causa.

O Recurso Extraordinário reconheceu as péssimas condições como superlotação e falta de higiene, inclusive com o risco de transmissão de doenças, o que gerou a responsabilidade objetiva na forma do art. 37, § 6º da Constituição Federal independentemente de existência de norma infraconstitucional resultando em indenização pecuniária sem possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível, pois tal princípio somente é aplicável para a

implementação de política pública para a concretização de direitos constitucionais fundamentais a prestação sendo que o dano que gera o dever de indenizar importa em responsabilidade que deve arcada pelo ente estatal, não cabendo a discricionariedade de indenizar ou não.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto vista, propôs remição de parte do tempo de execução da pena (remição *in natura*), em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal sendo que a indenização em pecúnia deveria ostentar caráter subsidiário, cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não fosse possível aplicar-lhe a remição.

O Ministro Luís Roberto acolheu as premissas do voto do Ministro Teori Zavascki, relator do Recurso Extraordinário, porém argumentou que a indenização pecuniária proposta não definia qual critério da indenização como, por exemplo, o tempo de encarceramento em condição degradante e a gravidade das violações sendo que o Ministro apontou, assim como foi reconhecida em toda a fundamentação, a existência da superpopulação carcerária em condições degradantes.

A tese do Ministro Luís Roberto Barroso (voto) não foi acolhida, pois prevaleceu a tese de indenização pecuniária que não pode ser considerada absurda quando se percebe no panorama do Judiciário brasileiro o direito à indenização em caso de atraso ou cancelamento de voo, perda de bagagem pela companhia aérea, inscrição ou manutenção do nome de forma indevida no cadastro de inadimplente e devolução de cheque com motivo de ausência de provisão de fundos quando há fundo para honrar o título de crédito, podendo-se questionar apenas o valor módico de R\$2.000,00 (dois mil reais) quando comparado com o valor de indenização em simples percalços da vida como a perda de um voo ou a perda de uma bagagem.

Chama a atenção que a possibilidade de remição de dias para fim de progressão, ressalvada a possibilidade de indenização para o preso que já tivesse cumprido a pena ou para o preso provisório aprisionado em condições desumanas que viesse a ser absolvido, não foi acolhida pela Corte, o que justifica, ainda mais, a necessidade da apreciação da outra possibilidade que é a prisão domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico.

A tese da Ministra Rosa Weber (voto) foi no sentido na obrigação de pagar um salário mínimo por mês enquanto perdurar a situação de condição degradante em favor do preso.



#### 4.2 Recurso Extraordinário 592.581/RS

O Recurso Extraordinário 592.581/RS<sup>156</sup> versou sobre a possibilidade de o Judiciário obrigar o Executivo realizar obras em estabelecimento prisional.

O Recurso Extraordinário teve como origem o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que embora tenha reconhecido a precariedade das condições a que estão submetidos os detentos do Albergue Estadual de Uruguaiana configurando a violação de sua integridade física e moral, vedada pela Constituição da República entendeu que não cabia ao Judiciário obrigar o Executivo realizar obras em estabelecimento prisional por se tratar de indevida e invasão de campo decisório reservado à Administração Pública.

O Ministério Público Federal com atuação perante o Supremo Tribunal Federal entendeu que a reserva do possível não constitui justificativa para que o Poder Executivo pudesse se eximir das obrigações impostas pela Constituição e pela Lei de Execução Penal sendo que a referida cláusula apenas é aplicável em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, devendo ser prontamente afastada quando a sua adoção implique violação ao núcleo essencial dos direitos constitucionais fundamentais.

Com isto, entendeu que não contestados o péssimo estado de conservação do albergue ou a morte de um sentenciado devido às más condições das instalações elétricas, nem demonstrada a inexistência de recursos orçamentários, deveria o Recurso Extraordinário ser provido para obrigar o Executivo realizar as obras no Albergue Estadual de Uruguaiana.

Na fundamentação do voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, reconheceu-se as precárias condições materiais do sistema prisional.

Entendeu-se que as condições degradantes em que se acham os presos revelam situação incompatível com diversos preceitos da Carta Magna, em especial os contidos nos arts. 1º, III, e 5º, XLIX, bem como contrárias aos arts. 3º, 40, e 85, da Lei 7.210/1984.

Frisou-se bem o art. 88 da Lei da Execução Penal estabelece que o condenado será alojado em cela individual integrada por dormitório, aparelho sanitário e lavatório com requisitos mínimos de cada alojamento prisional como salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, compreendendo uma área mínima de 6,00 m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

---

<sup>156</sup> BRASIL. STF. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em 07 de novembro de 2020.

Com isto, o Relator entendeu que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, pois a supremacia da dignidade da pessoa humana legitima a intervenção judicial que busca assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não se podendo opor sob o argumento do princípio da reserva do possível ou o princípio da separação dos poderes.

O Ministro Celso de Mello, em aparte, acrescentou que se trata de desvio da execução por ser a condição degradante uma situação desautorizada pela Lei da Execução Penal por ser comportamento ilícito do Estado na execução da pena.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, bem lembrou que o Estado arrogou para si o poder de privar os encarcerados de sua liberdade e, se assim o faz, deve, também, arcar com o ônus de proteção aos presos.

Logo, a nosso ver, o poder do Estado em prender as pessoas traz a responsabilidade de colocar os aprisionados em local condigno dentro das vagas possíveis.

#### **4.3 Recurso Extraordinário 641.320/RS**

O Recurso Extraordinário 641.320<sup>157</sup> trata de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, o qual deu parcial provimento a recurso de apelação interposto por Luciano da Silva Moraes para reduzir a pena condenatória e fixar a prisão domiciliar “enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda todos os requisitos da Lei da Execução Penal.

Na ação penal, o Juízo sentenciante condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, tendo fixado a pena em 5(cinco) anos e 8(oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu parcial provimento para, confirmando a condenação, reduzir a pena privativa de liberdade a 5(cinco) anos e 4(quatro)

---

<sup>157</sup> BRASIL. STF. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

meses de reclusão, mantida a pena de multa. O Tribunal determinou ainda que, enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atendesse a todos os requisitos da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade fosse cumprida em regime de prisão domiciliar.

Contra o acórdão do TJRS, o Ministério Público estadual interpôs o presente recurso extraordinário, no qual sustenta que o aresto impugnado viola os arts. 1º, III, 5º, II, XLVI e LXV, da Constituição Federal, onde se afirmou a impossibilidade material de o Estado instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto que atenda a todas as exigências da legislação penal não autoriza, por si só, o Poder Judiciário a conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas sendo que eventual problema de superlotação das penitenciárias seria questão a ser resolvida no âmbito da Administração Pública, não podendo servir como justificativa para a concessão da prisão domiciliar. Alegou, ainda, que o preso não se enquadrava em nenhuma das hipóteses que admitiam o recolhimento domiciliar. O acórdão recorrido, ao não levar em conta as circunstâncias pessoais do condenado e a situação do delito, teria desconsiderado a proporcionalidade e a correlação que deve haver entre a conduta do agente e a sanção aplicada.

O voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, no Supremo Tribunal Federal versou sobre a consequência da inexistência de estabelecimento adequado para o cumprimento do regime semiaberto ou de insuficiência de vagas.

Reconheceu-se a insuficiência de vagas no regime semiaberto e no aberto, assim como já foi observado no presente trabalho em relação ao fechado, bem como que estabelecimentos destinados ao regime semiaberto não se diferenciam dos estabelecimentos enquadrados como colônias de trabalho ou casas de albergado.

A legislação prevê três regimes para o cumprimento da pena: fechado, semiaberto e aberto. O regime inicial de cumprimento da pena é estabelecido com base no tipo da pena (reclusão ou detenção), no tempo da pena e na culpabilidade com possibilidade de progressão de regime de cumprimento de tempo desde que haja bom comportamento e após cumprimento de requisito temporal (fração da pena).

Pela decisão, o cumprimento da pena deve atender ao princípio da estrita legalidade e, por isto, na medida em que os regimes existem, resta ao Estado disponibilizar vagas em estabelecimentos penais adequados à execução da pena no regime adequado, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal considera impossível manter o condenado no regime mais gravoso sendo que foram citados: HC 110.892, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda

Turma, DJe 18.5.2012; HC 94.810, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 6.3.2009; HC 94.829, Red. p/ acórdão Min. Menezes Direito, Primeira Turma, DJe 19.12.2008; HC 94.526, Red. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 29.8.2008; HC 93.596, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 7.5.2010.

Pelo mesmo entendimento, decorre, a nosso ver, que a motivação que impede que o preso cumpra a pena em regime mais gravoso por ausência de vaga, não pode, também, cumprir a pena em estabelecimento prisional quando não há vaga suficiente para o acolhimento condigno.

Retornado para a análise do Recurso Extraordinário, mencionou-se que o Código Penal prevê como adequado ao regime semiaberto a “colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”, e ao regime aberto “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c” do Código Penal).

Indicou-se que o direito ao trabalho é um direito do preso, o que justifica a colônia agrícola, industrial ou similar tendo em vista o art. 41, II da Lei da Execução Penal.

Deparou-se a seguinte bifurcação. Havendo a progressão, não havendo a vaga no regime semiaberto ou aberto, deve o preso ser mantido no regime anterior mais gravoso ou deve ser beneficiado com regime menos gravoso (prisão domiciliar)?

O Ministro Relator sugeriu que no caso de falta de vagas acima apontado, deve haver a saída antecipada; liberdade eletronicamente monitorada; penas restritivas de direito e/ou estudo.

Com isto, o sentenciado que progredisse para o semiaberto, onde não houvesse vaga, importaria na concessão da saída antecipada de quem já estaria no semiaberto que estivesse mais próximo para a progressão para o aberto com liberdade eletronicamente monitorada e o sentenciado que fosse para o aberto, no caso de falta de vaga, teria a pena substituída por penas alternativas ou estudo.

Contudo, o Ministro Relator não vislumbrou adequada a prisão domiciliar por impedir que o apenado pudesse trabalhar para sustento próprio e da família, sendo que entendemos que o mesmo obstáculo acontece que o preso está no estabelecimento prisional sem trabalho, podendo tal problema ser contornado com o auxílio reclusão quando cabível.

Aos condenados no regime aberto, indicou-se a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito que seria mais adequada que a prisão domiciliar ou o estudo com a obrigação de frequentar educação formal regular – ensino fundamental, médio ou superior.

Por fim, o Ministro Relator dispôs que o Juízo da Execução Penal pode adotar outras medidas para a solução do problema da falta de vagas.

Entretanto, o Ministro Relator propôs a adoção de prisão domiciliar e penas alternativas como resposta à falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto e, para tanto, seria imprescindível a estruturação de centrais de monitoração eletrônica e acompanhamento das medidas alternativas.

Com isto, o Ministro Relator votou, no caso concreto, da seguinte forma, resumidamente:

a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;

b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “*colônia agrícola, industrial*” (regime semiaberto) ou “*casa de albergado ou estabelecimento adequado*” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”);

c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Determinação ao Conselho Nacional de Justiça para que apresente:

a) em 180 dias, contados da conclusão deste julgamento: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas;

b) em um ano, relatório com projetos para (i) expansão do Programa Começar de Novo e adoção de outras medidas buscando o incremento da oferta de estudo e de trabalho aos condenados; (ii) aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto.

Por fim, no Recurso Extraordinário, votou pelo parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii)

a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto.

O voto do Ministro Relator foi acolhido pela Maioria do Supremo Tribunal Federal e deu origem à Súmula Vinculante 56:

*“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”*

Tais parâmetros não contemplaram a prisão domiciliar, preferindo escolher a saída antecipada e a liberdade eletronicamente monitorada.

#### **4.4 Habeas Corpus 143.988/ES**

Trata-se de *habeas corpus* coletivo 143.988/ES<sup>158</sup> impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo contra acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que entendeu que a pretensão, de nítida natureza de tutela coletiva, transbordava os limites cognitivos próprios da via eleita, já que se revela imprescindível não só o estabelecimento do contraditório com a administração pública que poderia suportar os efeitos de eventual decisão de mérito, mas ampla dilação probatória para que houvesse suporte suficiente à escorreita análise da pretensão recursal, tudo em respeito à garantia processual prevista no Superior Tribunal de Justiça que tem entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de *habeas corpus* coletivo, sendo imprescindível a identificação dos pacientes e a individualização do alegado constrangimento ilegal.

O *Habeas Corpus* relatou que o quadro de severa violação aos direitos humanos dos internos que cumprem medidas socioeducativas na “*Casa de Custódia UNINORTE*”, porque: *i*) onde deveriam estar alojados no máximo 90 (noventa) adolescentes, estavam 201 (duzentos e um); *ii*) não foi dada, pelas autoridades, qualquer solução adequada ao cenário de superpopulação existente desde 2015, circunstância deflagradora de rebeliões, motins e conflitos entre os socioeducandos; *iii*) inexistia nesse estabelecimento qualquer separação em razão da idade, compleição física, espécie de ato infracional cometido ou, ainda, modalidade de internação; *iv*) ouvidos, os adolescentes teriam confidenciado reiteradas situações de

---

<sup>158</sup> BRASIL. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2020.

agressões, maus-tratos e torturas, por parte de agentes socioeducativos e também da Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo, o que seria aferível tanto pelas imagens de rebelião ocorrida no ano de 2015, como pelo laudo de médico legista a atestar ofensa à integridade física corporal ou à saúde de um dos internos pela ação de instrumento contundente; *iv*) as falas dos socioeducandos e da equipe técnica, colhidas em inspeção realizada, seriam sincrônicas em anunciar a deficiência nas condições de higiene e limpeza, seja pelo acúmulo de dejetos nos arredores da unidade (restos de comida, copos plásticos, *marmitex* atrás das habitações); seja pela falta de saneamento, a acarretar odores desagradáveis, acúmulo de insetos e até mesmo sapos; *v*) aos adolescentes internos seria impingido confinamento equiparável aos adultos do regime disciplinar diferenciado, eis que somente lhes seria autorizado sair dos seus quartos para visitas de familiares e o acesso à quadra esportiva era assegurado apenas nos sábados - pelo exíguo interregno de trinta minutos; *vi*) foram registrados falecimentos de socioeducandos internados na unidade, sendo apontadas as mortes de ROMÁRIO DA SILVA RAIMUNDO, em 26/07/2011; GABRIEL TÓTOLA DA SILVA em 22/01/2013; LEONARDO DE JESUS DAS VIRGENS, em 10/04/2014 e JEFERSON RODRIGUES NOVAIS, em 30/11/2016, sendo a deste último, um dia depois de ingressar no sistema; *vii*) desde 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) vem concedendo medidas provisórias ensejadas pela constatação de graves violações a direitos humanos nas casas de custódia de adolescentes no Espírito Santo; *viii*) o quadro de indignidade evidenciado na UNINORTE poderia ser ao menos minimizado com a aplicação do princípio *numerus clausus*, que, além de acolhido no âmbito internacional, já foi adotado por este Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida pelo e. Min. Ricardo Lewandowski, na Suspensão de Liminar 823/ES; *ix*) segundo tal diretriz, “*a cada entrada em unidade prisional há, ao menos, uma saída, permitindo-se, assim, a estabilização ou diminuição da população reclusa, de modo a evitar a superlotação de cadeias, penitenciárias e unidades de internação (...) uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, deveriam ser escolhidos os presos com melhor prognóstico de adaptabilidade social, impondo-lhes a detenção domiciliar com vigilância eletrônica. (...)*” e *x*) em anteriores impetrações, tanto no Tribunal de Origem, como no STJ, não se logrou a concessão da ordem, sob o argumento de que a via eleita não seria adequada ao desenlace do tema.

Perceba-se que na narrativa do *Habeas Corpus*, pediu-se a aplicação do princípio do *numerus clausus*, onde o ingresso de um preso ou internando importaria na saída de um já preso ou internado para que o número de encarcerados não superasse o número de vagas.

Inicialmente, o Ministro Relator Edson Fachin relatou a admissibilidade do *Habeas Corpus* Coletivo sendo que a Segunda Turma do STF, no julgamento do HC nº 143.641/SP, (julgado em 20.2.18), admitiu a impetração de *habeas corpus* coletivo e determinou, em todo o território nacional, a conversão da prisão preventiva das gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiência em prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (HC 143641/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado 20/02/2018, DJe 215, divulg. 08/10/2018, publicado em 09/10/2018).

O Voto do Relator, como premissa básica, refutou o argumento da deficiência estrutural como argumento idôneo que impeça a proteção dos direitos dos internados sendo que o Relator argumentou que o Supremo Tribunal Federal não poderia cancelar a superpopulação de internados tendo em vista a dignidade dos adolescentes internados.

Com isto, o Relator entendeu que a limitação do ingresso de adolescentes nas Unidades de Internação em patamar superior à capacidade de vagas projetadas, além de cessar as possíveis violações, prevenia a afronta aos preceitos normativos que asseguram a proteção integral, densificando as garantias dispostas no artigo 227 da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 65/2010), além de fortalecer o postulado de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como princípio da dignidade da pessoa humana, cuja previsão expressa está no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, sendo repetido no art. 124, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No *Habeas Corpus*, o Ministro Relator propôs em seu voto a adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso; reavaliação dos adolescentes internados **exclusivamente** em razão da reiteração em infrações cometidas **sem** violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister; transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares; subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o magistrado deveria atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação; na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas *supra*, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao correto cumprimento do plano individual de atendimento – podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução; possibilidade de internação domiciliar cumulada com a



imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem; a fiscalização da internação domiciliar poderia ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária; alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos.

Percebe-se que o Ministro Relator propôs medidas defendidas no presente trabalho que são a adoção do princípio do *numerus clausus* e a concessão de internação domiciliar, equivalente à prisão domiciliar, se não for possível a remoção para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento.

A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade.

#### **4.5 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347/DF**

O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar 347/DF<sup>159</sup>, para que fosse reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos em razão de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Alegou-se que não houve a criação do número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição dos presos.

Também, aduziu-se que a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de encontrarem-se

---

<sup>159</sup> BRASIL. STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 12 de novembro de 2020.

disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro; que o Poder Judiciário não realizava a audiência de custódia e que o Poder Legislativo estava legislando política criminal incentivadora da superpopulação carcerária.

Entre os pedidos, requereu-se a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro em razão da violação massiva dos direitos dos presos e, com isto, entre outros pedidos, pediu-se a elaboração de plano que contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à redução da superlotação dos presídios; contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; diminuição do número de presos provisórios; adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais e adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

Postulou-se o deferimento da liminar com os seguintes pedidos:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento do implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento

condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;

f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;

g) ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-las às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;

h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstando-se de realizar novos contingenciamentos.

No voto na apreciação do pedido de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Ministro Relator Marco Aurélio reconheceu a superpopulação carcerária, ocasionando superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas e discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Diante da superlotação carcerária e instalações inadequadas, configurou-se o tratamento indigno aos encarcerados, assumindo uma feição de penas cruéis e desumanas, conforme o voto do Ministro Relator.

Com isto, entendeu-se a ocorrência da violação das normas como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV), bem como a violação ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Importante, mencionar que o voto apontou a violação da Lei da Execução Penal, como o direito à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94.

Entendeu-se que a responsabilidade pela situação em questão é dos três Poderes da União, Estados e Distrito Federal diante da inércia da legislação e da atuação administrativa para a modificação do quadro, inclusive decorrente da insuficiente observância da legislação prevista.

Foi admitida a situação de Estado de Coisas Inconstitucional em razão da superpopulação carcerária sendo que o Voto do Relator ressaltou, citando a lição de Ana Paula Barcellos<sup>160</sup>, que tal quadro advém do imaginário dos cidadãos para quem os presos perdem o direito à dignidade humana.

O Ministro Relator votou pela concessão parcial da medida liminar determinando que os juízes e tribunais lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal e os juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, passassem a realizar, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, bem como que os mesmos considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento da concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal e os juízes estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo.

O voto também foi no sentido de que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O Ministro Edson Fachin em seu voto reiterou que o Supremo Tribunal Federal, em cognição sumária, reconhecendo a impossibilidade de que se mantenha o atual Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário; reconhecendo a importância da proteção internacional dos direitos humanos; dando indicações ao Poder competente para que tome

---

<sup>160</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010, p. 40.

medidas, desde logo, aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados.

Durante o julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski mencionou que na doutrina e na criminologia moderna, há uma noção de que os juízes, ao determinarem a prisão, devem observar o que se chamou de *numerus clausus*. Ou seja, eles não podem determinar a prisão quando não há mais espaço nas prisões sendo que o princípio está sendo maturado pela doutrina.

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente.

#### **4.6 *Brown vs. Plata***

O caso *Brown vs. Plata* foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>161</sup> em 2011 onde, na época, havia 156.000 encarcerados no sistema prisional do Estado da Califórnia sendo que o sistema somente tinha capacidade para abrigar 85.000 presos e a superlotação carcerária representava em problemas de saúde, ao passo que o caso *Coleman vs. Plata* apresentava a questão da superlotação carcerária como causadora de transtorno mental, ressaltando-se que em 2006 o índice de suicídios nos presídios da Califórnia era 80% superior à média nacional para as populações carcerárias.

Entendeu-se que a superlotação carcerária com deficiência no atendimento médico penitenciário violava a Oitava Emenda da Constituição Americana porque para encarcerar, a sociedade tira dos presos os meios e, com isto, os presos são dependentes do Estado para alimentos, roupas e cuidados médicos necessários sendo que a falha do sistema prisional em fornecer sustento para os presos pode resultar em tortura ou morte prolongada como, por exemplo, se houver a falta de atendimento médico adequado.

Na época, as prisões da Califórnia eram projetadas para abrigar aproximadamente 85.000 presos, sendo que o sistema prisional da Califórnia abrigava quase o dobro (aproximadamente 156.000 presidiários).

A Suprema Corte, por 5x4 com base na decisão escrita do Juiz Anthony Kennedy e apoiada pelo bloco liberal, considerou que o sistema prisional da Califórnia violava os direitos da Oitava Emenda dos presidiários que proíbe a punição cruel ou incomum e a décima quarta emenda que trata do devido processo legal.

O Tribunal manteve a ordem de um painel de três juízes com a autoridade para tanto em razão da lei de reforma do litígio prisional (PLRA) para diminuir a população das prisões da Califórnia e se em dois anos não houvesse o aumento da estrutura prisional ou não se reduzisse o número de presos sob pena de liberações de presos antes do término do cumprimento da pena ou transferências, sendo que a autoridade competente para ordenar a libertação dos presos seria de um tribunal distrital de três juízes e não de um tribunal distrital com um juiz.

---

<sup>161</sup> Estados Unidos. Suprema Corte. Disponível em <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>. Acessado em 30 de janeiro de 2021.

Entendeu-se que a redução da população carcerária, caso não houvesse o aumento do número de vagas ou transferência, importaria em melhoria na saúde física e mental e do atendimento médico dos prisioneiros.

Chamou a atenção que especialistas informaram que houve a redução de população carcerária em Wisconsin, Illinois, Texas, Colorado, Montana, Michigan, Flórida e no Canadá sem que afetasse adversamente a segurança pública e, com isto, se entendeu judicialmente que a redução da população não teria efeito na segurança pública.

Na decisão, houve a referência a vários exemplos de tratamento médico e de saúde mental inadequado como, por exemplo, o depoimento que relatou que foi observado um homem que havia sido detido em uma gaiola do tamanho de uma cabine telefônica sem banheiro, em uma poça de sua própria urina, por quase 24 horas enquanto aguardava transferência para uma cama de tratamento psiquiátrico. Apontou-se um preso com forte dor abdominal que morreu após atraso de cinco semanas para tratamento, de um preso com extrema dor no peito que morreu após atraso de oito horas na avaliação e de um preso que morreu de câncer no testículo após reclamar de dor testicular por 17 meses.

Na decisão, apontou-se o limite de 130% do número de vagas com base em depoimentos de autoridades em sistema prisional que entendia como razoável para que houvesse o atendimento dos programas e serviços necessários no sistema prisional sendo que o *Federal Bureau of Prisons* relatou que 130% seria uma meta de longo prazo ao passo que o Painel de Revisão Independente de Correções do Estado indicou que 145% era a capacidade operacional máxima das prisões da Califórnia e, com isto, após uma média, decidiu-se em 137,5% como limite para o número de presos no sistema prisional da Califórnia, o que foi acolhido no julgado.

Entende-se que o exemplo deve ser seguido porque a atitude de trancar a porta e jogar fora a chave criou a mentalidade de dependência excessiva do encarceramento que esgota os recursos públicos, perpetua o ambiente penitenciário que estimula o preso a praticar mais crimes e inibe a reabilitação eficaz<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> SALINS, Lauren. SHEPARD, Simpson. *Efforts to fix a broken system: Brown v. Plata and the prison overcrowding epidemic*. 44, Loyola University Chicago Law Journal, 2013, p. 1200.

## CONCLUSÃO

Chegou-se à conclusão que diante do princípio do *numerus clausus*, a necessidade de se evitar o encarceramento em massa, que é seletivo contra os menos favorecidos economicamente, e que se encontra com índice acima do aceitável, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e tendo como pano de fundo o que já foi decidido em outras ações que tramitaram e tramitam no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte do Estados Unidos que é cabível a prisão domiciliar para preso provisório ou para condenado com pena com regime fechado como regime inicial de cumprimento de pena, com ou sem monitoração eletrônica, quando o número de presos exceder o número de vagas do sistema prisional consideradas dignas.

Procurou-se analisar o princípio do *numerus clausus*, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional em razão da superpopulação carcerária, o encarceramento em massa nos últimos anos no Brasil e ações que tiveram a questão prisional como pano de fundo no Brasil e nos Estados Unidos (Califórnia).

No presente trabalho, partiu-se do princípio que a execução penal está subordinada aos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito e que há o princípio do *numerus clausus* (número fechado) por meio do qual o número de presos que ingressam e permanecem no sistema prisional não pode exceder à capacidade do sistema prisional, o que já foi acolhido pela Holanda, Noruega, Suécia, Dinamarca e pela Suprema Corte dos Estados Unidos que confirmou a decisão da Corte Federal da Califórnia.

Cabe ao Juízo da Execução observar o princípio *numerus clausus* tendo em vista a capacidade constatada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária na forma do art. 85, parágrafo único da Lei da Execução Penal para que não haja o desvio da execução com o excesso de presos tendo em vista o art. 185 da Lei da Execução Penal que determina que há excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares sendo que o excesso de presos configura condição desumana, violadora da execução penal tendo em vista que o art. 66, VI, da Lei da Execução Penal atribui a competência ao Juiz da Execução de não permitir a situação violadora dos direitos humanos.

O princípio *numerus clausus* poderia ser estabelecido de forma preventiva, direta ou progressiva.



O preventivo seria para quem não ingressou no sistema prisional que ficaria em prisão domiciliar até o surgimento da vaga. No direto, para quem já está no sistema prisional, seria aplicado mediante prisão domiciliar para quem estiver mais próximo da liberdade. Já no progressivo haveria o efeito cascata de progressão de regime prisional do fechado para o semiaberto, do semiaberto para o aberto e do aberto para o livramento condicional antes do cumprimento do requisito temporal até atingir o número máximo no sistema prisional para o atendimento do princípio *numerus clausus*, não se admitindo a remição *in natura* porque a mesma não afasta o preso da situação degradante da superlotação carcerária, apenas diminui a quantidade de dias para serem cumpridos no regime prisional em situação inconstitucional. Verificou-se que a superpopulação carcerária decorreu da política de encarceramento em massa promovida no Brasil, fenômeno observado também nos Estados Unidos.

A análise do encarceramento em massa ocorreu sob a ótica da criminologia crítica que analisa as condições sociais que levam à origem da definição do comportamento como crime e como ocorre a seletividade penal.

Verificou-se que o sistema prisional foi utilizado como instrumento de controle do ponto de vista econômico, inclusive foi adotada a prisão como pena para garantir o princípio de *less eligibility*, para que a vida de um preso não fosse melhor que a vida de um trabalhador livre com a finalidade de forçar as pessoas a serem dóceis e obedientes ao sistema em favor da classe dominante, cabendo a prisão para os que não aderiram espontaneamente ao modo de produção capitalista e para a exclusão dos “indesejados”.

Na atualidade, a sociedade passou a ser consumidora, seja de bens materiais ou de sensações, sendo que a sensação de segurança passou a ser o objeto de desejo da sociedade, alimentado pela mídia, que passou a almejar mais e mais prisões e penas longas (populismo penal).

Acabou-se transformando o Estado Providência para o Estado Punitivo sendo que é este Estado Punitivo que acaba por determinar o número de presos com a sua política encarceradora.

O encarceramento em massa foi observado nos Estados Unidos, sendo que tal fenômeno se reproduziu no Brasil com a agravante que é altamente seletiva contra pobres, sendo manso contra os mais favorecidos que praticam crimes de colarinho branco, crimes contra a ordem tributária e crimes contra a Administração Pública, inclusive a corrupção.

Em relação ao encarceramento em massa, identificou-se que em dezembro de 2019 havia 740.009 presos com taxa de aprisionamento em 359 presos por cem mil habitantes, acima da taxa considerada aceitável pelo Centro Internacional de Estudos sobre Prisões do King's College de Londres que é abaixo de 150 presos por 100.000 habitantes.

Também, apontou-se o déficit de 312.925 vagas em dezembro de 2019, o que sempre ocorreu no sistema prisional brasileiro, não se podendo deixar de mencionar que havia 348.571 mandados de prisão em aberto sem cumprimento e que se todos fossem cumpridos explodiria o sistema penitenciário.

Diante do caos do sistema prisional, foi ajuizada ação de descumprimento de preceito fundamental para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional em razão da superpopulação carcerária.

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma decisão judicial por meio da qual a Corte Constitucional declara a violação maciça e reiterada de direitos fundamentais de determinado grupo e determina a correção do problema sendo que este problema ocorre por meio de omissões constitucionais não normativas dos órgãos públicos

A Colômbia foi pioneira no trato com o Estado de Coisas Inconstitucional e reconheceu que a superlotação carcerária na Colômbia importava em Estado de Coisas Inconstitucional na medida em que não servia para a ressocialização dos presos e importava em abandono aos direitos fundamentais tais como a dignidade, a vida, a integridade pessoal, a saúde, o trabalho e a presunção de inocência.

A superlotação carcerária no Brasil constitui uma violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, dos dispositivos constitucionais dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no art. 5º que vedam as penas cruéis e a vedação ao tratamento desumano ou degradante.

O acolhimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil ocorreu no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2016 onde se requereu a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário, sendo que foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento do pedido da medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes disso, o Estado de Coisas Inconstitucional foi mencionado no voto vista do Ministro Barroso que proferiu na Questão de Ordem suscitada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, atinentes à modulação temporal da decisão que reconheceu inconstitucionalidades na Emenda Constitucional nº62, que tratara do pagamento de precatórios, aludiu ao “estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se

instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública”. A Corte decidiu que competia ao CNJ elaborar a proposta normativa para equacionar os problemas, bem como o papel de monitoramento e supervisão do cumprimento das medidas que impusera aos entes públicos, sendo que este papel caberia ao Supremo Tribunal Federal se já tivesse acolhido o entendimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Sobre a questão da prisão (degradante), o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 641.320/RS reconheceu a possibilidade do condenado, no regime semiaberto, em cumprir pena em regime aberto ou domiciliar na falta de estabelecimento adequado sendo que a Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal acabou por cristalizar o entendimento do Recurso Extraordinário acima mencionado.

No Recurso Extraordinário 580.252/MS que trata da responsabilidade civil do Estado em razão da violação dos direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimento carcerário decorrente do art. 37, § 6º da Constituição Federal em razão da obrigação do Estado em manter as condições carcerárias com mínimos padrões da humanidade decorrente da lei, não sendo possível aplicar o princípio da reserva legal e nem alegar que a indenização não tem o alcance de eliminar os problemas do sistema carcerário como um todo, sendo que Recurso Extraordinário fundamentou que cabe a indenização pecuniária ao preso em situação prisional degradante.

O Recurso Extraordinário 592.581/RS versou sobre a possibilidade do Judiciário obrigar o Executivo realizar obras em estabelecimento prisional sendo que se entendeu que diante do péssimo estado de condições do estabelecimento prisional se pode obrigar o Executivo a realizar a reforma necessária.

No *habeas corpus* coletivo 143.988/ES se discutiu o excesso de internados sendo que foi aplicado o princípio *Numerus Clausus* com possibilidade de conversão de medidas de internação em internações domiciliares para que o número de internos não ultrapasse a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade.

O caso *Brown vs. Plata* foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2011 onde se reconheceu a superlotação carcerária que representava em problemas de saúde violadora da Oitava Emenda da Constituição Americana.

Com isto, decidiu-se que o sistema prisional da Califórnia violava os direitos da Oitava Emenda dos presidiários que proíbe a punição cruel ou incomum e a décima quarta emenda que trata do devido processo legal e, com, isto se determinou a redução do número de presos, inclusive com a soltura de presos.

Conclui-se que o excesso de presos no sistema prisional, decorrente do encarceramento em massa, configura violação da norma constitucional que veda penas cruéis e degradantes, configurada do Estado de Coisas Inconstitucional tanto no Brasil como na Colômbia, que deve ser combatido para o atendimento do princípio do *numerus clausus*, cabendo ao Poder Judiciário determinar a possibilidade de concessão da prisão domiciliar com ou sem monitoração eletrônica ao preso condenado sob o regime fechado como regime inicial de cumprimento de pena e ao preso cautelar na hipótese de ausência de vagas no sistema prisional ou a possibilidade de antecipação da progressão dos presos nos regimes fechado, semiaberto e aberto até alcançar o limite máximo da capacidade prisional digna, assim reconhecida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, não sendo possível o retorno do beneficiado ao sistema prisional em razão do surgimento de vaga, salvo quando vier sentença condenatória superveniente com decisão de prisão cautelar, sentença condenatória transitada em julgado ou decisão cautelar por fatos novos, respectivamente; sendo que as vagas que surgirem posteriormente deverão ser destinada aos futuros presos, não podendo a espada de Dâmocles ficar sobre a cabeça do preso beneficiado com o risco e a angústia de ser preso novamente a qualquer momento por culpa da ineficiência do Estado.

## REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Prison Overcrowding: Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*. Max-Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2011. Disponível em: <[https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/research\\_in\\_brief\\_43\\_albrecht\\_prisonvercrowding.pdf](https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/research_in_brief_43_albrecht_prisonvercrowding.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York : Cambridge University Press, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 8ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico, nº1. Rio de Janeiro : Revan & Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social* (1998). In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2006.

BARBOSA E SILVA, Adrian. *Garantismo e sistema penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento*. Disponível em: <[http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao\\_GarantismoSistemaPenal.pdf](http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/9550/1/Dissertacao_GarantismoSistemaPenal.pdf)>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Revista de Direito Administrativo, v. 254, maio/ago. 2010.

BARROS, Rodolfo. *Os diferentes sentidos do termo mass incarceration e uma breve análise sobre a assimilação da expressão no debate sobre o sistema prisional no Brasil*. 38º Encontro Anual da ANPOCS, 2014, p. 10. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt42-1/9232-os-diferentes-sentidos-do-termo-mass-incarceration-e-uma-breve-analise-sobre-a-assimilacao-da-expressao-no-debate-sobre-o-sistema-prisional-no-brasil/file>>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

BRASIL. <<https://www.conjur.com.br/dl/plano-nacional-politica-criminal.pdf>> Acesso em 13 de setembro de 2020.

BRASIL: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22077781/do1-2016-11-29-resolucao-n-5-de-25-novembro-de-2016-22077636](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22077781/do1-2016-11-29-resolucao-n-5-de-25-novembro-de-2016-22077636)>. Acesso em 06 de outubro de 2020.

BRASIL. *Presos em unidades prisionais no Brasil*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 192. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em 19 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1698. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 25 de fevereiro de 2010, DJe 16 de abril de 2010.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em 07 de novembro de 2020.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 592.581. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em 07 de novembro de 2020.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 641.320. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

BRASIL. STF. *Habeas Corpus* coletivo 143.988/ES. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2020.

BRASIL. STF. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 12 de novembro de 2020.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Biblioteca on-line de Ciências da Comunicação, 2002, p. 5. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUSTAMANTE, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. Dissertação em Estudos Políticos. Faculdade de Ciência Política e Relações Internacionais. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; LASCANE NETO, Felipe. *As Condições das Penitenciárias no Brasil e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Revista de Direitos Penal, Processo Penal e Constituição. V. 2. n. 2. p. 20, jul/dez 2016.

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

CARVALHO, Salo. *O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário*. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez, 2015.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 82. São Paulo. Janeiro-fevereiro de 2010.

CHAGAS, Tayná Tavares das; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro et al. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro*. Disponível: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941/15320>>. Acesso em: 17 de julho de 2020.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COELHO, PRISCILA. *Um Preso por Vaga: Estratégias Políticas e Judiciais de Contenção da Superlotação Carcerária*. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29277/Disserta%20Priscila%20Coelho%20%28vers%20final%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

COLOMBIA. Sentencia *ST-025*, de 06 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 14 de julho de 2020.

COLOMBIA. Sentencia *SU-559*, de 06 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

COLOMBIA. Sentencia *T – 068*, em 1998. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>> Acesso em: 17 de julho de 2020.

COLOMBIA. Sentencia *T-153*, de 28 de abril de 1998. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

COLOMBIA. Sentencia *T-388*, 2013. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

COLOMBIA. Sentencia *T-762*, 2015. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Disponível em <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>. Acessado em 30 de janeiro de 2021.

FERNANDES, Luciana Costa. DORNELLAS, Mariana Paganote. *A internalização das regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 145/2018 | p. 209 - 240 | Jul / 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid : Trotta, 1999.

FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 129/2017, Editora Revista dos Tribunais : São Paulo, 2017.

FISCHER, Rosa Maria. ABREU. Sérgio França Adorno. *Políticas penitenciárias, um fracasso?* In Lua Nova, vol. 3, n. 4, p. 78. Disponível: <<https://www.scielo.br/pdf/ln/v3n4/a12v3n4.pdf>> Acesso em 18 de setembro de 2020.



GARLAND, David. *As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico*. BOURDIEU, Pierre (Org.) De L’Etat social al Etat penal. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro. Revan, ano 7, nº 11, 2002.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Coleção Pensamento Criminológico, nº16. Rio de Janeiro : Revan & Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

GARAVITO, Rodrigues; FRANCO, Rodriguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un Estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Pensamento Criminológico; v. 12. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. Disponível em:<<http://arquimedes.adv.br/livros100/A%20Mis%C3%A9ria%20Governada%20Atrav%C3%A9s%20do%20Sistema%20Penal%20-%20Alessandro%20de%20Giorg.pdf>> Acesso em 18 de setembro de 2020.

GOMBATA, Marsilea. *Prisões são as senzalas de hoje, diz ativista da Pastoral Carcerária*. Revista Carta Capital. Publicada em 5 maio 2014. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/priso-es-sao-as-senzalas-de- hoje-diz-ativista-da-pastoral-carceraria-7005/>>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

GUILHERME, Vera M. *Para além da criminologia de gabinete. Os visitantes do Presídio Central de Porto Alegre e seus saberes*. 1. Reimp. Belo Horizonte : Editora D’Plácido, 2017.

HULSMAN, Louk H. *Descriminalização*. In: Revista de Direito Penal. n. 9/10 Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1973.

ILFANGER, Fernanda Carolina de Araújo. *Sistema penal x sistema econômico: resenha da obra punição e estrutura social*. Revista Liberdades, nº12. Janeiro/abril de 2013.<[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/15/IBCC\\_RevistaLiberdades\\_n12\\_livro.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_livro.pdf)> Acesso em 12 de setembro de 2020.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; PORTO, Matheus Macedo Lima. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Estado de Coisas Inconstitucional no Constitucionalismo Latino-Americano*. Teoria Jurídica Contemporânea. 2 : 1, jan/jun 2017.

JACOBS, Cláudia Silva. *Para órgão da ONU, situação no sistema prisional é grave*. *BBC Brasil.COM*, Brasília, 5 ago. 2004. Disponível em:< [https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2004/08/040727\\_vilanudcs](https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2004/08/040727_vilanudcs)>. Acesso em 29 de setembro de 2020.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luan, 1991.

KLARMAN, Michael. *Court, Congress and Civil Rights*. In: Devins, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (Ed.) *Congress and the Constitution*. Duke University Press : 2005.

LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e seu Papel Como Instrumento na Efetivação da Política Pública Carcerária*. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas*. V. 3. n. 2. jul/dez 2017.

MARMELSTEIN, George. *Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica*. In Oliveira, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros*. Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MATHIENSEN, Thomas. *Perché il cárcere?* Torino: Grupo Abele, 1996. p. 181. Disponível em:< [http://www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/perche\\_il\\_carcere.pdf](http://www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/perche_il_carcere.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

MELLER, Diogo Lentz. TURELA Alexandre de Almeida. *A crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 134/2017. p 387-409, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. 25<sup>a</sup> ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

MELOSSI, Dario. *Cárcere e trabalho na Europa e na Itália, no período de formação do modo de produção capitalista*. In: Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

MORESO, José Juan. *Comanducci sobre o neoconstitucionalismo*. Barcelona. Universidade Pompeu Fabra. 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 3ª ed. São Paulo ; Revista dos Tribunais, 2005.

PASTANA, Debora Regina. *Os contornos do Estado Punitivo no Brasil*. Vol. 31, p 29-46, Revista Perspectivas : São Paulo, jan/jun 2007, 2007.

PEÑA, Gabriel Bustamante. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. 103.; Dissertação (mestrado) – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformação no diagnóstico das violações à Constituição*. Revista Juris Poiesis. A. 18, 2015.

PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades. O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROIG, Rodrigo. *Execução Penal : Teoria e Crítica*. 4ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

RUSCHER, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº03. Rio de Janeiro : Revan & Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTO, Luiz Phelipe dal. SANTO, Luiz Phelipe dal. *Cumprindo Pena no Brasil: Encarceramento em Massa, Prisão-Depósito e os Limites das Teorias Sobre Giro Punitivo na Realidade Periférica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 151/2019 | p. 291 - 315 | Jan / 2019, 2019.

SANTOS, Helena Maria Pereira; Vieira, José Ribas; Damasceno, Luana Regina D'Alessandro; Chagas, Tayná Tavares das. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro*. *Quaestio Juris*. vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A Responsabilidade do Judiciário no Encarceramento em Massa Juvenil: Um Estudo de Caso do HC 346.380-SP, STJ*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 129/2017 | p. 257 - 284 | Mar / 2017, 2017.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento. Tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : Revan, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Conjur. 2015. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acessado em 14 de julho de 2020.

TONRY, Michael. *Thinking about crime: sense and sensibility in American penal culture*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

VALOIS, Luis Carlos. *Os problemas do sistema carcerário*. Disponível em:<<https://jornalggn.com.br/politicas-sociais/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro/>> . Acesso em: 13 de setembro de 2020.

VALOIS, Luis Carlos. *Processo de Execução Penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VASCONCELOS, Diego de Paiva. *A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI); estrutura da decisão e os limites funcionais do direito*. Revista Conpedi Law Review. 2017, p. 285-306, Braga. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/480>>. Acessado em 14 de julho de 2020.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WACQUANT, LOÏC. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. –Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3. ed., revista e ampliada, 2007.

WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List*. 12th ed.<[https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_12.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf)> Acesso em 13 de setembro de 2020.

YEPES, Rodrigo Uprimny. *A Judicialização da Política na Colômbia : Potencialidades e Riscos*. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. V. 6, 2007.

ZACKSESKI, Bruno Amaral Machado. AZEVEDO, Gabriela. *Dimensões do Encarceramento e Desafios da Política Penitenciária no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 126/2016 | p. 291 - 331 | Dez / 2016, 2016.

ZACKSESKI, Cristina. MACHADO, Bruno Amaral. AZEVEDO, Gabriela. *O encarceramento em massa no Brasil: uma proposta metodológica em análise*. Revista Crítica Penal y Poder. nº12, Marzo (pp. 269-289). Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos-Universid de Barcelona : Barcelona, 2017.

ZAFFARONI, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.