

# PRISÃO E TORTURA: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A CRISE SANITÁRIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

IMPRISONMENT AND TORTURE: THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS AND THE  
SANITARY CRISIS OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

Artigo submetido em 01 de março de 2024

Artigo aprovado em 09 de março de 2024

Artigo publicado em 10 de março de 2024

## Cognitio Juris

Volume 14 - Número 54 - Março de 2024

ISSN 2236-3009

## Autor(es):

Thais Rezende Bora[1]

**RESUMO:** O presente estudo versa o tema do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro em razão das acentuadas violações de direitos fundamentais ocasionadas por falhas estruturais na execução de políticas públicas por parte de órgãos de diferentes instâncias do Estado brasileiro. Através de uma minuciosa análise da legislação pátria, da jurisprudência do STF, bem como a análise de casos emblemáticos como os do Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA e Complexo Penitenciário de Curados/PE, objetiva-

se demonstrar que a parceria público-privada pode ser considerada como um dos meios mais eficazes de superação desse estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo STF no sistema prisional pátrio. Concluiu-se, sobretudo, que as atribuições jurisdicionais e disciplinares não devem ser delegadas ao ente privado e, por fim, que o sucesso dessa parceria depende do grau de eficiência do controle exercido pelo Estado na execução do contrato de parceria público-privada.

**Palavra-chave:** Estado de coisas inconstitucional; direitos fundamentais; políticas públicas; sistema prisional; parceria público-privada;

**ABSTRACT:**

The present study addresses the issue of the unconstitutional state of affairs in the Brazilian prison system due to significant violations of fundamental rights caused by structural failures in the implementation of public policies by various organs of the Brazilian state. Through a meticulous analysis of national legislation, jurisprudence of the Supreme Federal Court (STF), as well as the examination of emblematic cases such as those of the Pedrinhas Penitentiary Complex in Maranhão and the Curados Penitentiary Complex in Pernambuco, the objective is to demonstrate that public-private partnerships can be considered one of the most effective means of overcoming this unconstitutional state of affairs recognized by the STF in the national prison system. It was concluded, above all, that jurisdictional and disciplinary responsibilities should not be delegated to the private entity and, finally, that the success of this partnership depends on the degree of efficiency of the control exercised by the State in the execution of the public-private partnership contract.

**Keywords:** Unconstitutional state of affairs; fundamental rights; public policy; prison system; public-private partnership;

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Os conflitos interpessoais estão presentes na sociedade desde o direito penal primitivo.

Desde os primórdios o ser humano violou as regras de convivência, ferindo seus semelhantes e a própria comunidade na qual vivia, tornando, assim, inexorável a aplicação de uma punição. Sem dúvidas, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico-jurídico que hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente.

Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses.

Dessa relação totêmica[2] – entre membros de um grupo e os deuses –, institui-se a punição quando houvesse a quebra de algum tabu.

Em um segundo plano, atingiu-se a vingança privada, como forma de reação da comunidade contra o infrator. Na realidade, a justiça pelas próprias mãos nunca teve sucesso, pois implicava, na sua essência, em uma autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando a indesejada contrarreação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos.

O vínculo totêmico deu lugar ao vínculo de sangue. Vislumbrando a tendência destruidora da vingança privada, adveio o que se convencionou denominar de vingança privada, quando o chefe da tribo ou do clã assumiu a tarefa punitiva.

A centralização de poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque. Nessa época, prevalecia o critério do talião, implicando o olho por olho, dente por dente, acreditando-se que o malfeitor deveria padecer do mesmo mal que causara a outrem, representando, assim, um progresso sensível e racional na forma de punição para a época.[3]

No Oriente antigo, fundava-se a punição em caráter religioso, castigando-se o infrator duramente para aplacar a ira dos deuses.

Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, “o castigo era aplicado por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação. Pode-se destacar como legislação típica dessa fase o Código de *Manu* [Índia], embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na *Babilônia*”.<sup>[4]</sup>

O direito penal comum, vigente nas varias regiões da Europa medieval, girava em torno das bases fornecidas pelo direito penal romano, germânico e canônico – que se encontravam totalmente distantes do ponto de vista humanístico.

Quanto mais prosperavam os comentários e debates acerca das duríssimas leis vigentes, mais emergiam novas ideias, surgindo o período humanitário do direito penal. Um dos fatores de destaque para esse movimento ocorreu com a publicação da obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, em 1764.

Substituem-se as trevas pela época das luzes, justificador do período denominado Iluminismo, cujo ápice se deu na Revolução Francesa.

A partir do século XVIII as penas não vão mais estar focadas no aspecto físico, e sim mental, no sentido de infligir uma consciência no infrator.

No período colonial, o Brasil foi submetido às leis da metrópole – Portugal. A duas primeiras Ordenações, Afonsinas (1446) e Manuelinas (1521), delegavam ao donatário o poder absoluto para estabelecer o direito a ser aplicado. Aqui, as sanções resumiam-se às penas capitais, de castigo corporal e no uso corriqueiro da tortura.

Após 1603, as colônias portuguesas foram apresentadas às Ordenações Filipinas<sup>[5]</sup>, que não

se distinguiam muito dos ordenamentos anteriores, e vigorou por mais de 200 anos. Aqui, as punições continuaram a ser brutais, como pena de morte e variadas formas de suplício sobre o corpo do condenado. Tal legislação foi denominada de “direito penal do terror”, marcada pelo caso de Tiradentes – acusado de lesa-majestade, foi enforcado, teve sua cabeça pendurada em praça pública e membros espalhados pela cidade.

Proclamada a Independência, em 1824, editou-se a primeira Constituição brasileira que, influenciada pelos ideais iluministas, banuiu as penas de açoite, tortura, ferro quente, dentre outras penas cruéis. Ainda, impôs que as penas deveriam ser cumpridas na forma de prisão em cadeias limpas, arejadas e seguras, além de enaltecer o princípio da responsabilidade pessoal.

Diante de tantas premissas, era urgente elaborar um Código Criminal do Império, que veio a lume em 1830. As linhas gerais deste Código sinalizam algum avanço em relação ao modelo draconiano do Livro V das Ordenações Filipinas.

Com a Proclamação da República, em 1890, foi editado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, bem como a Constituição da República. Ambos os diplomas apresentavam importantes avanços na busca pela humanização das penas, porém foi por meio do Decreto nº. 774/1890 que aboliu-se a pena de galés (uma espécie de trabalho forçado), reduziu-se a pena perpétua para 30 anos e fez surgir o instituto da detração, além da prescrição.

Durante o período conturbado do Estado Novo de Getúlio Vargas, em 1937, e ditadura militar, entre 1964 e 1985, ocorreram alguns marcos importantes na história das penas de prisão. Somente nesse período, inaugurado por um ato de força, terminou-se, por decreto, aprovando o atual Código Penal de 1940.

Importante destacar que a maior reforma do Código Penal ocorreu por conta da Lei nº. 7.209/84, que cuidava da Parte Geral. Várias outras leis introduziram figuras típicas incriminadoras inéditas, bem como revogaram outras, consideradas antiquadas.

De todo modo, o atual Código Penal tem natureza eclética, adotando preceitos da escola clássica e outros da escola positiva. Após a reforma de 1984, o Estatuto continuou pragmático, acolhendo postulados finalistas, mas mantendo-se fiel ao causalismo.

#### • **CRISE SANITÁRIA E PENITENCIÁRIA NACIONAL**

Segundo o *World Prison Brief*, levantamento mundial sobre dados prisionais realizado pela ICPR (Institute for Crime & Justice Research) e pela Birkbeck University of London, o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos e China.[\[6\]](#)

De acordo com os dados estatísticos do primeiro semestre de 2023 feito pelo SISDEPEN, no Brasil são 839.672 mil pessoas presas, dentre aqueles presos em unidades físicas, domiciliares e outras prisões sob custódia da Polícia Judiciária, Batalhões de Polícia e Bombeiros Militares.[\[7\]](#)

Apesar da população nacional ter aumentado consideravelmente de 175,9 milhões nos anos 2000 para 214,3 milhões em 2021, a população carcerária triplicou durante este período. Em 2000, a população prisional era de 232 mil[\[8\]](#), enquanto em 2023 o salto foi para aproximadamente 840 mil.

Entretanto, o número de vagas em presídios não acompanhou esta expansão. De acordo com os dados do SISDEPEN, o número total de vagas nos estabelecimentos prisionais é de 481.835 mil. Hoje, existe a carência de aproximadamente 163 mil vagas.

Ainda, insta salientar que cerca de 180 mil pessoas encarceradas estão detidas de forma provisória, isto é, não foram condenadas nem mesmo em 1ª instância e aguardam julgamento. Segundo o estudo, é provável que parte dessas pessoas, caso condenadas, não recebam penas de privação da liberdade. Partindo da grande quantidade de presos que se encontram sem condenação e do número de vagas que o sistema penitenciário possui, pode-

se verificar que reside aí um grande problema, a superlotação dos presídios, o que contribui para a atual crise no sistema.

O perfil do indivíduo preso é padronizado: homens, pardos, entre 35 e 45 anos, solteiros, com ensino fundamental incompleto.[9]

O fenômeno do encarceramento em massa que vem ocorrendo no país agrava ainda mais as condições precárias nas prisões, tornando o sistema prisional incapaz de cumprir a função de reintegração dos detentos ao meio social, prevenindo a reincidência, conforme os ditames legais estabelecidos pela Lei de Execução Penal e os documentos internacionais sobre o assunto. Os problemas que assolam os presídios são inúmeros, tais como falta de assistência à saúde, uso de violência, riscos à integridade física e à vida dos presos, bem como a falta à assistência jurídica.

Em 2009, a Câmara dos Deputados realizou uma CPI do sistema carcerário brasileiro. Os parlamentares visitaram os presídios de todos os Estados e fizeram um relatório que evidenciou um quadro de grave violação de direitos fundamentais. Foram mencionados no relatório alguns casos como a distribuição de comida para os presos em sacos plásticos sem talheres, a utilização do “banheiro” (um buraco no chão) para fazer as necessidades na frente de mais de 50 pessoas, a utilização de migalhas de pão para conter o fluxo menstrual, além da falta de remédio e atendimento médico para aqueles que se encontravam doentes.[10]

Segundo apontou o Sr. Maurício Kuehne, diretor do DEPEN, enquanto se observa uma taxa de reincidência de 60% a 65% nos países do Primeiro Mundo, a taxa de recidiva penal no Brasil oscila de 70% a 85%. No caso das penas e medidas alternativas, a taxa de reincidência não ultrapassa 12%.

As estatísticas trazidas à baila deixam clara a opção brasileira por uma atuação interventora punitivista em lugar de promover medidas de transformação dos entornos sociais.

Ainda, importante destacar também que o aumento da criminalidade e o sentimento de insegurança generalizado refletem no desejo do imaginário social de recrudescimento da política penitenciária e das leis penais para resolver os conflitos sociais.

Na atual condição do sistema carcerário, em que o déficit de vagas continua muito grande, e as condições precárias, com a administração do Estado que não tem conseguido desempenhar seu papel de maneira satisfatória - escancarando a violência aos direitos garantidos constitucionalmente, fica explícita a falência do atual sistema carcerário, que necessita de uma reforma.

Cumprido destacar que o sistema carcerário é apenas a ponta de um problema estrutural que acomete a sociedade brasileira. Os encarcerados são, muitas vezes, o resultado de um país ineficiente na criação de políticas públicas e sociais para a erradicação da pobreza, geração de empregos, estruturação da educação, entre outras.

Em contrapartida, pela insegurança decorrente da criminalidade e da ineficiência estatal em combatê-la, a sociedade reage descarregando sua revolta e insatisfação sobre os detentos. A melhoria das condições dos presídios, diferentemente do que sucede com o sistema de saúde pública (SUS), não desperta nenhum apelo popular, mas, ao revés, verdadeira antipatia popular, fazendo com que os políticos, que dependem do voto do seu eleitorado, negligenciem o caos prisional.

#### • **PROIBIÇÃO DE TORTURA, PENAS CRUÉIS, DESUMANAS OU DEGRADANTES**

Apesar de hoje ser uma prática combatida por quase todos os países e por inúmeras organizações internacionais, a prática da tortura já foi utilizada como instrumento de poder em diversas sociedades.

No passado, as torturas serviam como punição e chegavam, inclusive, a serem previstas nas legislações, como era o caso de Roma no século VIII a.C.. Prevalecia a pena de morte,

executada pela decapitação a machado, crucifixação, pelo saco (inseria-se o condenado em um saco para jogá-lo ao mar), flagelação e desmembramento. A prisão era utilizada como medida cautelar para aguardar a execução da pena.

Além de ser um modo de punição, torturar as pessoas foi uma forma comum de adquirir provas ou confissões com o objetivo de incriminar alguém. As confissões, em algumas sociedades, possuíam valor superior a outras provas. Assim, criava-se um mecanismo que dava às pessoas que tinham o poder, a condição de incriminar quem desejassem, pois para livrar-se da dor da tortura, as vítimas admitiam atos que sequer haviam praticado.

Somente em 1948, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos pelos Estados membros da Organização das Nações Unidas, a proibição à tortura foi oficializada.

A prática da tortura passou a ser proibida no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1824. A partir de então, tal proibição se manteve nas constituições, apesar de a tortura ter sido utilizada pelo Estado em alguns momentos da história, especialmente durante Ditadura Militar no Brasil. Alguns anos depois do final da Ditadura, proclamou-se a Constituição de 1988, que, além de manter a proibição à tortura, atendeu ao previsto pelas normas internacionais nesse quesito.

Dentre os processos que tramitaram na Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) relativos à violação dos direitos humanos nos presídios brasileiros, destacam-se os casos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e do Complexo Penitenciário do Curado. Ambos os casos são exemplos das constantes violações aos ditames internacionais e nacionais relativos aos indivíduos em situação de privação de liberdade.

#### • **COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE PEDRINHAS/MA**

Em outubro de 2013, no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Estado do Maranhão, foi reportado à CIDH que diversos casos de violência estavam ocorrendo dentro do presídio.

Quarenta presos morreram e dezenas ficaram feridos em motins e lutas de facções que ocorreram no mesmo ano, o que culminou com a decretação do estado de emergência pelo governo estadual.

A Sociedade Maranhense dos Direitos Humanos e a Seccional do Maranhão da Ordem dos Advogados do Brasil apresentaram pedido de medida cautelar, perante a CIDH, com fito de proteger a vida e a integridade física dos presos. O documento demonstra que o Complexo possuía capacidade para 3.300 vagas, todavia, no mesmo local havia 4.700 presos.[\[11\]](#)

Em dezembro de 2013, a CIDH expediu medida cautelar, por meio da Resolução 11/2013, recomendando ao Estado brasileiro à adoção de medidas relativas ao resguardo do direito à vida e à integridade física a todas as pessoas que encontravam no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, bem como a redução imediata da população carcerária do presídio.

Entretanto, durante a vigência da medida cautelar, houve a continuidade de mortes e atos de extrema violência dentro do presídio. A CIDH, assim, intercedeu perante a Corte IDH, solicitando medida provisória com o objetivo de evitar mais mortes e lesões físicas. Os beneficiários encontravam-se em condição de extrema gravidade, urgência e risco de um dano irreparável que exigia a adoção imediata de medidas provisórias.

A Corte IDH, ao proferir sua decisão em sede de tutela emergencial, relatou que o Estado brasileiro tinha a responsabilidade primária de resguardar os direitos humanos dos condenados e aprisionados, mantendo a dignidade humana destes, conforme previsto no art. 5o, XLIX da Constituição Federal, em que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Além disso, o caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas também viola os artigos 4º e 5º da CIDH, onde expõe, respectivamente, o direito à vida e o direito à integridade física. Assim, diante da ameaça de maiores danos a tais vítimas, fora editada a Resolução de 14 de novembro de 2014 pela Corte, outorgando medida provisória para assegurar a aplicação dos

direitos humanos em âmbito interno.

Após a edição da medida provisória, os governos estadual e federal acordaram o Plano de Pacificação das Prisões em São Luís, sendo dividido em dois eixos: Segurança e Direitos Humanos. O eixo de direitos humanos é voltado no atendimento das premissas sobre o direito à saúde e assistência legal gratuita. No eixo de segurança, os objetivos foram relativos à prevenção e combate a crises de segurança e ações violentas que podem ameaçar a vida e integridade física dos detentos. Ademais, tal pacto visa, através da adoção de construção de outras unidades prisionais e aplicação de alternativas penais, superar a superlotação carcerária.

#### • **COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE CURADOS/PE**

Em março de 2014, a CIDH submeteu à Corte IDH o pedido de medidas provisórias em face do Estado brasileiro para a adoção de providências necessárias para proteger a vida e integridade física das pessoas privadas de liberdade no Complexo Prisional de Curado, no Estado de Pernambuco.

A Resolução de 22 de maio de 2014 da Corte IDH outorgou a medida de emergência, com o fim de evitar mais danos às vítimas do presídio. No relatório, foi relatado que a penitenciária possuía capacidade para 2.100 presos, contudo esta abrigava 6.300 indivíduos, comprovando a superlotação. Ainda, foi relatado ainda que dentro do presídio havia a prática de atos disciplinares violentos e com uso de tortura.

A medida provisória determinou que o Estado brasileiro revertisse a situação do presídio, adotando as normas internas e internacionais sobre a dignidade daqueles sob privação de liberdade.

Após a outorga da medida, o Complexo de Curado, que é administrado pelo Governo do Estado de Pernambuco, obteve parceria com os Ministérios da Justiça, da Saúde e das

Relações Exteriores para articular um conjunto de ações a fim de atender as determinações da Corte.

Além disso, foi criado um Fórum Permanente para o Acompanhamento das Medidas Cautelares do Complexo de Curado, onde abriu espaço para diálogos entre os órgãos do poder público e as organizações da sociedade civil, tendo em 2015 alcançado um Plano de Trabalho de Cumprimento das Medidas Provisórias

Apesar das medidas tomadas, muito ainda tem que se evoluir na aplicação dos direitos humanos no Complexo de Curado. Na última resolução da Corte IDH sobre o assunto, ressaltaram-se os esforços realizados pelo Estado brasileiro, mas o repreendeu pela insistência das violações. Na mesma resolução, foram impostas mais medidas a serem tomadas, como o envio de um relatório sobre a evolução da situação do presídio. Ademais, dispôs que o Estado deve tomar as medidas necessárias para que, conforme disposto na Súmula Vinculante n. 56, do Supremo Tribunal Federal, a partir da notificação da resolução, não ingressem novos presos no Complexo de Curado e nem se efetuem transferências dos que estejam ali alojados para outros estabelecimentos prisionais.

#### **• O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): ORIGEM E DESAFIOS**

O Estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, que visa enfrentar situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, derivam de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) por parte da Corte Constitucional Colombiana<sup>[12]</sup> exige a presença de determinados requisitos, quais sejam: (i) vulnerabilidade massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo

de pessoas; (ii) prolongada omissão de autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes, ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar da ADPF 347/DF[13], que trata sobre as condições desumanas do sistema carcerário brasileiro, inovou ao apresentar esse instituto ao ordenamento jurídico do país.

No caso, o Supremo Tribunal Federal declarou haver um quadro de sistêmica e massiva violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário nacional, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas.

O professor Pietro de Jesús Alarcón entende que “a doutrina brasileira já manifestou algumas opiniões sobre o ECI, ora margeando, ora ingressando em detalhes da decisão do STF. Um dos pontos de partida do debate, ao qual temos aderido, consiste em que a Constituição de 1988 projetou um modelo de vida para a comunidade organizada, uma aspiração de futuro da qual se desprendem tarefas concretas para o Poder Público. Nesse modelo, as liberdades públicas, os direitos sociais e políticos, as diversas formas de expressão humana, devem ecoar, transparecer e se concretizar. Certamente essa não é a realidade nacional em campos como a educação, a saúde, a segurança pública, o sistema penitenciário, a seguridade social, a situação das crianças e dos adolescentes, para apenas citar alguns.”.[14]

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio assinalou a falência do sistema penitenciário com gravíssimas violações à dignidade e a outros direitos fundamentais do preso, assim como a violação do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e a Convenção contra a Tortura,

além da própria Lei de Execução Penal.

A Corte Constitucional determinou ainda a adoção, por parte do Poder Executivo, de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários visando a minimizar as precárias condições do sistema carcerário brasileiro. Dos oito pedidos cautelares realizados, apenas dois foram deferidos e um de ofício. Assim, averiguou-se que as decisões tomadas foram tênues e há o anseio do enfrentamento do mérito da ação para que alguns dos pedidos sejam capazes de ao menos amenizar as violações constatadas. Decidiu-se, então, cautelarmente:

- pela necessidade de observância obrigatória da audiência de custódia, realizadas em até 90 dias, viabilizando o comparecimento dos presos perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24h, contados do momento da prisão;
- pelo imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), para utilização para a qual foi criado;

A declaração do ECI no sistema penitenciário brasileiro é alvo de críticas por juristas que discordam do ativismo judicial inerente a essa técnica. Para eles, a declaração de ECI não é juridicamente viável no Brasil. As principais críticas cifram-se em: a) risco de banalização e subjetivismo; b) ilegitimidade democrática; c) violação à separação de poderes.

Segundo Lenio Streck, o risco de banalização e subjetivismo no uso da técnica da declaração de ECI advém, especialmente, do emprego de termos vagos como, por exemplo, “*tutela estrutural*”, que abriria um leque de possibilidades para enquadrar qualquer situação como passível de declaração do estado de coisas inconstitucional, já que o Brasil é um país cheio de falhas estruturais:

Minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de

jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral.[15]

O segundo argumento refere-se à falta de legitimidade democrática, pois o STF não teria legitimidade para estabelecer e tratar de políticas públicas porque seus integrantes não foram eleitos pelo voto popular. Essa tarefa incumbe aos Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros foram eleitos para elaborar leis e realizar políticas públicas como representantes do povo. Ao Poder Judiciário caberia fazer cumprir a Constituição, as leis e as demais normas jurídicas, e não reelaborá-las como legislador positivo.

A terceira objeção que se considera relevante mencionar é a de que a declaração de ECI acarretaria numa violação à separação dos poderes, uma vez que, ainda que se reconheça a possibilidade de desempenho de funções atípicas por qualquer dos três Poderes, tais funções, justamente por serem atípicas, demandariam previsão constitucional. Portanto, a formulação e implementação de políticas públicas pelo STF, sem autorização constitucional para exercer esse papel atípico de legislador positivo nessa ambiência, configuraria uma nítida vulneração às funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo.

#### • **UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO: AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Com a violação massiva de direitos fundamentais no sistema penitenciário e a não concretização de políticas públicas, que, juntas, ocasionaram na declaração do ECI, faz nascer uma busca por soluções. A parceria público-privada (PPP) é um dos meios considerados para conseguir melhorar a situação dos presídios brasileiros.

As parcerias público-privadas (PPPs), foram instituídas pela Lei 11.079, de 30.12.2004, que as definiu como contratos administrativos de concessão (“art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”).

Segundo Sílvio Luís Ferreira da Rocha[16], a PPP congrega um conjunto de operações em que o particular investe recursos próprios na construção de obras e rede de infraestrutura, que serão depois utilizadas na exploração e na prestação de serviços públicos.

Ressalvadas, evidentemente, as vedações no art. 4º, inciso III, da Lei de Parcerias, por serem funções típicas do Estado no exercício do seu poder estatal, apenas as atividades administrativas (auxiliares, como alimentação, instalações higiênicas, promoção assistencial jurídica, etc.) poderiam ser objeto de parceria.

O parceiro privado contratado deve ser responsável pela construção, administração e manutenção do complexo prisional, pela criação de meios operacionais, prestação de serviços assistenciais (como jurídico, educacional, de saúde, material, de trabalho) e pela prestação de contas ao Estado.

Existem alguns indicadores de desempenho que avaliam a qualidade do serviço prestado e, em caso de descumprimento daqueles, o valor repassado pelo Estado à concessionária pode ser reduzido. São exemplos de indicadores: a) o número de fugas; b) o número de rebeliões e/ou motins; c) o nível educacional dos internos; d) a proporção dos internos que trabalham; e) a quantidade e qualidade dos serviços de saúde prestados; f) a quantidade e qualidade da assistência jurídica e psicológica aos internos. [17]

O Estado é responsável pelas vias de acesso ao complexo, por questões de segurança e disciplinares (poder de polícia, que é indelegável), pelo controle da execução da pena, pela segurança externa e de muralhas, pelo transporte e escolta dos presos e pela fiscalização do contrato de parceria público-privado celebrado. Existe um representante do Estado na gestão do presídio, o diretor de segurança, que tem “exclusividade nas responsabilidades de monitorar e supervisionar os padrões de segurança da unidade, além de aplicar eventuais sanções administrativas aos internos.

Certas contestações são opostas à utilização desse sistema de parcerias, dentre as quais a

de que o setor privado visa, sobretudo, lucrar, e não reduzir as taxas de criminalidade e auxiliar na ressocialização do preso, de modo que quando maior for a quantidade de presidiários, maior o lucro.

Todavia, com a efetiva e consistente fiscalização do Estado no contrato de parceria público-privada, entende-se ser plenamente possível conciliar os interesses privados de busca pelo lucro com os objetivos estatais de recuperação do preso, garantia da segurança pública e dos demais direitos fundamentais (dos encarcerados e dos não encarcerados), bem como o objetivo de redução da criminalidade.

Comumente se compara esse modelo com o implantado em alguns Estados estadunidenses, nos quais houve privatização total. No entanto, a atividade jurisdicional e a atividade administrativa concretizadora da função jurisdicional não são passíveis de delegação no Brasil. Mesmo na instituição da parceria público-privada, essas funções ainda competiriam ao Estado, o que possibilitaria um controle maior sobre a atuação dos entes privados.

## **CONCLUSÃO**

A reinserção dos condenados no convívio social e a prevenção de reincidência não interessam apenas àqueles, mas sobretudo à própria sociedade, que se beneficia da redução da criminalidade e da insegurança.

Contudo, a construção e a manutenção de um presídio bem estruturado e que garanta os direitos fundamentais do preso demanda um grande aporte financeiro e é nítido que o Estado possui dificuldades em alocar recursos próprios para a construção e manutenção de presídios que proporcionem um cumprimento da pena mais digno e que permitam a ressocialização do condenado, prova disso é a atual crise sanitária do sistema penitenciário brasileiro, em que se observa graves violações aos direitos fundamentais dos presos.

Após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais pelo STF, bem como os casos

do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e do Complexo Penitenciário do Curado – em que colocaram o Brasil como alvo de duras críticas internacionais por não cumprir normas internacionais no tocante à tortura e penas degradantes, mostrou-se evidente um quadro de sistêmica e massiva violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário nacional, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas

Assim, surge uma investigação afim de entender como a parceria público-privada pode constituir uma das mais relevantes e capacitadas ferramentas de eliminação das violações massivas de direitos fundamentais que ocorrem alargadamente nas unidades prisionais brasileiras, contribuindo significativamente para a superação do estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo STF.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial?. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic3.pdf?d=636675535815701997>

BINDER, Alberto M. Fundamentos para a reforma da Justiça Penal. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal – Parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>

CONCI, Luiz Arcaro; MEZZETTI, Luca (ed.). Diálogo entre cortes. Bogota: U. Externado de Colombia, 2017.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et alli. Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, vol. 1-4.
- DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Manual de Direito Administrativo. Editora Malheiros
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Saraiva, 2012.
- IERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980.
- MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. Histórias das prisões no Brasil. – vol.1. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.
- O sistema interamericano de direitos humanos e as medidas de urgência no sistema prisional brasileiro: a perspectiva garantista na proteção dos direitos humanos.* Nestor Eduardo Araruna Santiago e Manoela Fleck de Paula Pessoa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2021.
- PEREIRA, Claudio José Langroiva. Proteção Jurídico-Penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal, São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.
- \_\_\_\_\_. Das penas: evolução, classificação, finalidade, individualização, suspensão condicional. – Campinas, SP: Editora Splendet PUC-Campinas, 2023.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Fundamentos de direito penal. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>>.

## **SITES ACESSADOS**

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-5176>

[59-publicacaooriginal-1-pe.html](#)

<https://jornal.usp.br/radio-usp/pesquisa-mostra-que-o-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-feminina-do-mundo/>

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

<https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>

<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/populacao-brasileira-chega-a-213-3-milhoes-de-habitantes-estima-ibge>

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/76871/cpi-do-sistema-penitenciario>

<https://www.cnj.jus.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoas-repercute-dentro-e-fora-do-pais/>

[https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_04\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf)

---

[1] Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada.

[2] O vínculo existente entre membros de um grupo ou tribo era dado pelo totem, que, na visão de PESSAGNO e BERNARDI, “era um animal, uma força sobrenatural (ou uma planta, mas, preferencialmente, um animal) e se considerava vinculado, de modo particular, aos

indivíduos integrantes de uma tribo, família, casta ou um setor da comunidade, que poderiam, ou não, ser transmitidos hereditariamente, quando individualizados.”

[3] PIERANGELI, José Henrique. Das penas: evolução, classificação, finalidade, individualização, suspensão condicional. – Campinas, SP: Editora Splendet PUC-Campinas, 2023.

[4] BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal – Parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

[5] O seu famoso Livro V, constituído da Parte Especial, dividia-se em 143 títulos, sem perder de vista a confusão feita entre autênticos delitos e pecados, misturando política criminal com religião. Tanto assim que o Título 1 é nomeado *Dos hereges e apóstatas*, seguido do Título 2, *Dos que arrenegam ou blasfemam de Deus ou dos santos*. Desse modo, vai seguindo até chegar ao título 6, prevendo o delito de lesa-majestade, invadindo, então, a seara de tutela do Estado.

[6] <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>

[7] <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>

[8]

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>

[9]

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>

[10] Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível

em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>

[11] “O sistema interamericano de direitos humanos e as medidas de urgência no sistema prisional brasileiro: a perspectiva garantista na proteção dos direitos humanos”. Nestor Eduardo Araruna Santiago e Manoela Fleck de Paula Pessoa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2021.

[12]CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-025/04. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>

[13] ADPF 347. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ. 19.02.2016.

[14] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial?.

Disponível em

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic3.pdf?d=636675535815701997>

[15] STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>>.

[16] DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Manual de Direito Administrativo. Editora Malheiros.

[17] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Saraiva, 2012.