



Universidade Federal de Sergipe

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

ANDRESSA RITA ALVES DE SOUZA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MEDIDA PARA EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS DAS PESSOAS PRESAS: UMA ABORDAGEM DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

SÃO CRISTÓVÃO/SERGIPE

2023

ANDRESSA RITA ALVES DE SOUZA

**TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MEDIDA PARA EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS DAS PESSOAS PRESAS: UMA ABORDAGEM DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação
em Direito da Universidade Federal de Sergipe como
requisito parcial à obtenção do título de Mestre em
Direito.

Área de Concentração: Constitucionalização do Direito

Linha de Pesquisa: Processo de Constitucionalização dos
Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos

Discente: Andressa Rita Alves de Souza

Orientador: Dr. Ubirajara Coelho Neto

SÃO CRISTÓVÃO/SERGIPE

2023

ANDRESSA RITA ALVES DE SOUZA

**TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MEDIDA PARA EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS DAS PESSOAS PRESAS: UMA ABORDAGEM DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto
Universidade Federal de Sergipe
Presidente-Orientador

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado
Universidade Federal de Sergipe
Examinador interno

Profa. Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy
Examinadora externa
Universidade Tiradentes

SÃO CRISTÓVÃO/SERGIPE

2023

- *Ele sabe qual é a sentença?*
- *Não – respondeu o oficial. E quis, de pronto, continuar suas explicações, mas o viajante interrompeu:*
- *Ele não sabe qual é a própria sentença?*
- *Não [...] Seria inútil anunciá-la. Ele a sentirá na própria carne (KAFKA).*

Aos meus pais, meu irmão e minha sobrinha.

AGRADECIMENTOS

A vida de quem inventa de voar é paradoxal, todo dia. É o peito eternamente dividido. É chorar porque queria estar lá, sem deixar de querer estar aqui. É ver o céu e o inferno na partida, o pesadelo e o sonho na permanência. É se orgulhar da escolha que te ofereceu mil tesouros e se odiar pela mesma escolha que te subtraiu outras mil pedras preciosas.

E começamos a viver um roteiro clássico: deitar na cama, pensar no antigo-eterno lar, nos quilômetros de distância, pensar nas pessoas amadas, no que eles estão fazendo sem você, nos risos que você não riu, nos perrengues que você não estava lá para ajudar. É tentar, sem sucesso, conter um chorinho de canto e suspirar sabendo que é o único responsável pela própria escolha¹.

Ruth Manus descreve o sentimento de sair de casa, de voar longe do abrigo familiar e afetivo, para buscar a materialização de sonhos e objetivos. Nesse caminho de me aventurar fora de casa, tenho um enorme e profundo agradecimento a todas as pessoas que me acolheram, apoiaram e incentivaram.

Às forças superiores que me guiam e me acompanham.

Aos meus pais e ao meu irmão, pelo suporte afetivo e material no meu percurso, por acreditarem em mim e por todo amor despedindo.

À minha sobrinha, pelo amor, alegria e afeto.

Aos meus familiares, que torcem, me apoiam, compartilham momentos bons e tornam minha vida mais alegre.

Aos meus amigos e amigas, que acreditam mais em mim do que eu mesma, agradeço todo amor e companhia. Em especial, Ana Vitória, Beatriz, Daiana, Isabelle, Jully, Letícia B., Letícia D. e Vinicius. Vocês tornam minha vida mais feliz.

Ao meu orientador, professor Dr. Ubirajara Coelho Neto, por todo ensinamento, conhecimento e apoio durante o curso.

Aos professores e professoras do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, pelos saberes compartilhados e pelas provocações que despertaram a pesquisa.

¹MANUS, Ruth. O alto preço de viver longe de casa. 2015. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/emails/ruth-manus/o-alto-preco-de-viver-longe-de-casa/#:~:text=A%20vida%20de%20quem%20inventa,e%20o%20sonho%20na%20perman%C3%Aancia..> Acesso em: 06 jan. 2023.

Aos membros das minhas bancas de qualificação e defesa, Dr. Carlos Augusto, Dr. Carlos Alberto e Dra. Clara Machado, que enriqueceram grandemente o meu trabalho com contribuições valiosas.

Ao Núcleo de Pesquisa e Debates sobre Pena e Execução Penal no Brasil, pelo conhecimento compartilhado, pelos debates de todas as sextas e pelas pesquisas interessantes.

Aos amigos e amigas que fiz no curso, pelas risadas, conhecimentos e partilha das angústias, especialmente à Bárbara Nathaly, Gabriela Paixão, Igor Raphael, Junior Gonçalves, Natália Nunes e Victória Moitinho.

À Nayara e Yago, que tornam o PRODIR mais leve e feliz.

À quem me acompanha na terapia, por sempre me ajudar a lembrar que a carreira acadêmica é o caminho que escolhi.

À CAPES, pelo apoio e incentivo durante o desenvolvimento da pesquisa.

E a todas as pessoas que contribuíram para a minha formação profissional e pessoal.

RESUMO

Diante do cenário de crise do sistema carcerário brasileiro, marcado por violações massivas de direitos fundamentais e da dignidade humana, é necessário pensar em medidas jurídicas para proteção da pessoa encarcerada. Sendo assim, o presente trabalho teve o intuito de desenvolver um estudo acerca do transconstitucionalismo como medida para efetivação de direitos da pessoa presa, considerando que é uma teoria baseada na construção dialógica entre ordens jurídicas para melhor solução de problemas jurídico-constitucionais. À vista disso, o estudo abordou as concepções teóricas desenvolvidas por Marcelo Neves acerca do transconstitucionalismo, tendo como objeto central de análise o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, em razão desse mecanismo jurídico ter sido utilizado anteriormente em outra Corte Constitucional, sendo, portanto, um caso de conversação constitucional entre Tribunais. O trabalho foi estruturado em três capítulos temáticos. O primeiro ponto abordou construções teóricas e históricas sobre o constitucionalismo, o transconstitucionalismo e a jurisdição constitucional para tutela de direitos fundamentais e da dignidade humana. A segunda parte desenvolveu acerca da vulnerabilidade da pessoa presa diante da proteção ineficiente do Estado, arguindo a vulnerabilidade prévia e intensificada dentro das prisões, de modo a ressaltar o cenário de violações e omissões dentro do cárcere. Em um terceiro momento, tratou-se do Estado de Coisas Inconstitucional, elencando sua conceituação e seus pressupostos de aplicação, bem como as decisões colombianas e a brasileira. Por fim, foi ressaltado sobre a decisão brasileira na ADPF 347, discorrendo acerca da conversação constitucional do ECI como medida do transconstitucionalismo para efetivação dos direitos das pessoas presas. O trabalho, de caráter qualitativo, utilizou pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com um método de estudo dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: transconstitucionalismo; direitos da pessoa presa; proteção estatal ineficiente; Estado de Coisas Inconstitucional; conversação constitucional.

ABSTRACT

Given the crisis scenario of the Brazilian prison system, marked by massive violations of fundamental rights and human dignity, it is necessary to think of legal measures to protect the incarcerated person. Thus, the present work aimed to develop a study on transconstitutionalism as a measure for the realization of rights of the prisoner, considering that it is a theory based on the dialogical construction between legal orders for better problem solving legal and constitutional problems. In view of this, the study addressed the theoretical conceptions developed by Marcelo Neves about transconstitutionalism, having as its central object of analysis the State of Things Unconstitutional in the Brazilian prison system, because this legal mechanism was previously used in another Constitutional Court, being, therefore, a case of constitutional conversation between courts. The work was structured in three thematic chapters. The first point addressed theoretical and historical constructions on constitutionalism, transconstitutionalism and constitutional jurisdiction for the protection of fundamental rights and human dignity. The second part developed about the vulnerability of the prisoner in the face of inefficient protection by the State, arguing the previous and intensified vulnerability within the prisons, in order to highlight the scenario of violations and omissions within the prison. In a third moment, it dealt with the Unconstitutional State of Things, listing its conceptualization and its application assumptions, as well as the Colombian and Brazilian decisions. Finally, it was highlighted about the Brazilian decision in ADPF 347, discussing the constitutional conversation of the ECI as a measure of transconstitutionalism for the realization of the rights of prisoners. The work, of a qualitative character, used bibliographic and jurisprudential research, with a deductive study method.

KEY-WORDS: transconstitutionalism; rights of the person arrested; inefficient state protection; Unconstitutional State of Things; constitutional conversation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BNMP - Banco Nacional de Monitoramento das Prisões

CCC – Corte Constitucional da Colômbia

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional

ECI - Estado de Coisas Inconstitucional

IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa

LEP – Lei de Execução Penal

PSOL - Partido Socialismo e Liberdade

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SU - *Sentencia de Unificación*

TJPE - Tribunal de Justiça de Pernambuco

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 TRANSCONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.1 CONSTITUCIONALISMO.....	15
2.2 TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	23
2.3 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
3 VULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA DIANTE DA PROTEÇÃO INEFICIENTE DO ESTADO.....	39
3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE.....	39
3.2 VULNERABILIDADE PRÉVIA DAS PESSOAS PRESAS.....	42
3.3 DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS PRESAS.....	46
3.4 VULNERABILIDADE INTENSIFICADA PELO ESTADO DENTRO DAS PRISÕES: ANÁLISE DE CASOS ACERCA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	50
4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	66
4.1 ANTECEDENTES: O ECI NA COLÔMBIA.....	66
4.2 CONCEITUAÇÃO E PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE DO ECI.....	74
4.3 ANÁLISE DA ADPF 347.....	77
4.4 TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MEDIDA PARA TRATAR OS PROBLEMAS DO SISTEMA CARCERÁRIO: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS.....	82
5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	90
REFERÊNCIAS.....	94

1 INTRODUÇÃO

O cenário do sistema prisional brasileiro é marcado por uma crise estrutural e institucional, com constantes violações dos direitos das pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade. São vários os problemas que circundam as prisões brasileiras: superlotação, falta de higiene adequada, precariedade na infraestrutura, alimentação e na saúde, doenças, rebeliões, mortes, falha na assistência jurídica, dentre outros. A quantidade de presos supera gravemente o número de vagas disponíveis, além da taxa de encarceramento apresentar alta constantemente, conforme se observa dos estudos e pesquisas apresentados no presente estudo.

Diante de um cenário de inefetividade dos mandamentos constitucionais no sistema carcerário brasileiro, com massivas omissões de diversos órgãos estatais em relação aos direitos fundamentais da pessoa presa, a Corte Constitucional brasileira reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) número 347. A decisão da corte almeja o trabalho conjunto com as instituições no desenvolvimento de políticas públicas aptas a reduzir a crise estrutural e institucional das prisões brasileiras, criando mecanismos e condições para fornecer melhores condições a pessoa condenada a uma pena de prisão, bem como buscando efetivar os direitos desses indivíduos.

Este trabalho tem o intuito de demonstrar o transconstitucionalismo como medida para efetivação dos direitos e da dignidade humana das pessoas presas, com enfoque em uma abordagem do Estado de Coisas Inconstitucional como forma de diálogo entre Tribunais Constitucionais da América Latina, especificamente o brasileiro e o colombiano, considerando que esse mecanismo jurídico foi primeiro utilizado na Corte colombiana, sendo posteriormente adotado pelo Brasil em relação ao seu sistema carcerário e sendo tratado recentemente sobre a possibilidade de utilização na temática da saúde brasileira.

Com efeito, constitui objetivo central da presente pesquisa a explanação do diálogo entre ordens jurídicas como medida mais satisfatória para solução de problemas comuns e/ou similares envolvendo direitos humanos e fundamentais, sendo tratada de forma específica da busca pela efetivação de direitos das pessoas presas. Para este fim, o trabalho foca em uma análise do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, sendo este o instrumento de estudo e de sustentação do enfoque transconstitucionalista, ressaltando o caráter essencial do transconstitucionalismo para a efetivação dos direitos.

No que diz respeito à estrutura textual, o trabalho é desenvolvido em três capítulos temáticos, além da introdução e considerações finais. Para melhor compreensão da problemática central e da temática, o estudo percorre os aspectos teóricos, conceituais e históricos do constitucionalismo, do transconstitucionalismo e da jurisdição constitucional, passando para a vulnerabilidade da pessoa presa diante da ineficiência estatal e, posteriormente, para uma análise do mecanismo do ECI e da decisão colombiana, examinando a decisão da Corte Constitucional brasileira e discorrendo sobre o transconstitucionalismo como uma medida para assegurar direitos da pessoa encarcerada.

Para tanto, percorre-se, inicialmente, o contexto conceitual e histórico do constitucionalismo, perpassando pelo seu cenário latino-americano e brasileiro, para em seguida desenvolver acerca do transconstitucionalismo, expondo sua conceituação, seus aspectos teóricos e exemplificativos. Na sequência, pontua a respeito da jurisdição constitucional para tutela de direitos fundamentais e da dignidade humana, de modo a relacionar com o constitucionalismo e o transconstitucionalismo.

No segundo capítulo temático, é desenvolvido acerca da vulnerabilidade da população carcerária do Brasil diante da proteção ineficiente do Estado, sustentando que as pessoas presas já eram vulneráveis antes da prisão em decorrência de ineficiência do próprio Estado, sendo agravada tal vulnerabilidade dentro do cárcere por ausência do cumprimento dos deveres estatais perante esse grupo de pessoas. Passa-se, nesse capítulo, por uma compreensão do termo vulnerabilidade.

Na sequência, são elencados argumentos sobre a vulnerabilidade prévia do encarcerado. Em seguida, são tratados os deveres do Estado em relação ao preso, mencionando as normas nacionais e internacionais que tratam dos direitos da pessoa encarcerada, assim como dos deveres do Estado em relação ao preso.

É desenvolvido um ponto acerca da intensificação da suscetibilidade a dano causada pela ação e omissão estatal, sendo abordados casos do sistema prisional brasileiro que foram analisados tanto em âmbito nacional quanto em âmbito internacional, inclusive casos que foram submetidos à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desse modo, no segundo capítulo, é pontuado o problema que circunda a temática em estudo, que é o cenário de crise do sistema prisional brasileiro acentuado pelo Estado, ressaltando a falha estatal em assegurar os direitos dos presos, criando situações de dano, com violações de direitos, o que agrava severamente a vulnerabilidade dos encarcerados. Vê-se que a proteção ineficiente já ocorre desde a implementação do sistema prisional brasileiro,

considerando que as prisões da América Latina já foram estabelecidas com insuficiência de recursos financeiros e administrativos.

A falência e o caos do cárcere brasileiro são reconhecidos, inclusive, na seara internacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que analisou alguns casos envolvendo espaços de privações de liberdade do Brasil, sendo decidido, por meio de resolução, que a situação era tão gravosa aos detentos, que o cômputo da pena deveria ser realizado em dobro, considerando que as condições da pena privativa de liberdade naquela situação excediam muito além do que foi imposto da condenação penal.

No quarto ponto do capítulo, são detalhados três desses casos analisados pela Corte IDH, bem como por órgãos brasileiros. Objetiva-se, aqui, demonstrar a materialização do Estado de Coisas Inconstitucional nos estabelecimentos penais brasileiros por meio de casos já analisados no âmbito nacional e internacional, de maneira a evidenciar a situação de violações da dignidade humana e direitos humanos e fundamentais da pessoa submetida ao cárcere no Brasil.

O quarto capítulo temático dispõe sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, percorrendo o caminho jurisprudencial e teórico do Tribunal Constitucional colombiano à Corte Constitucional brasileira, de modo a ressaltar o diálogo entre cortes constitucionais, bem como o diálogo interinstitucional, ressaltando as vertentes transconstitucionalista dessa técnica jurídica.

O primeiro ponto aborda os antecedentes do Estado de Coisas Inconstitucional da Colômbia, relatando sobre algumas das decisões que reconheceram esse mecanismo jurídico, tendo destaque a decisão que inaugurou o ECI e as que reconheceram o cenário de inconstitucionalidade do sistema prisional colombiano.

O segundo ponto elenca a conceituação, os aspectos teóricos e metodológicos do Estado de Coisas Inconstitucional, ressaltando os pressupostos essenciais para sua aplicabilidade, passando por uma análise das decisões da Corte Colombiana e da doutrina.

No último ponto, são comentadas as perspectivas de efetivação dos direitos das pessoas presas, partindo da teoria do transconstitucionalismo, destacando os cenários para a conversação constitucional diante do Estado de Coisas Inconstitucional nos sistemas prisionais brasileiro e colombiano, assim como os aspectos das Constituições dos respectivos países, de modo a se verificar a adequação às demandas de soluções de problemas similares aos Estados, com a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais dos encarcerados por meio de uma conversação constitucional.

Sustenta-se que problemas similares aos países, principalmente do âmbito latino-americano, que enfrentam condições mais semelhantes, devem ser tratados de maneira

similar, com uma conversação constitucional e jurídica, um diálogo entre as Cortes Constitucionais, analisando as circunstâncias históricas e sociais que contribuíram para o problema, de modo a buscar soluções correlatas para tratar a temática, assegurando, assim, a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais do grupo envolvido.

É enfatizado, também, a necessidade do diálogo entre as instituições dos Poderes do Estado, dentro do âmbito interno de cada ordem jurídica, de maneira que as medidas para efetivação de direitos e superação do estado de desarmonia constitucional sejam implementadas de forma coordenada e conjunta.

Portanto, o presente trabalho tem o intuito de responder ao seguinte questionamento: o transconstitucionalismo pode se mostrar uma medida para efetivação dos direitos das pessoas presas, partindo de uma perspectiva do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional?

A escolha do tema ocorreu diante da observância da crise estrutural e institucional que se encontra o sistema prisional brasileiro, assim como do estudo do Direito Constitucional e seus aspectos teóricos e práticos diante da complexidade das demandas que envolvem a sociedade. Como solucionar problemas comuns e semelhantes enfrentados pelos Estados em uma perspectiva constitucionalista? Urge, então, uma análise do transconstitucionalismo como medida para efetivação de direitos fundamentais e para solução das questões do mundo integrado.

A importância da pesquisa se dá em razão da necessidade de se pensar, em caráter urgente, medidas para tratar os problemas envolvendo as prisões, especificamente quanto aos direitos fundamentais e a dignidade humana das pessoas encarceradas. Conforme o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil conta, em 16 de janeiro de 2023, com 855.663 pessoas privadas de liberdade e 347.118 mandados de pendentes de cumprimento. Esses dados ressaltam a crise enfrentada pelo sistema prisional brasileiro, que é marcado pela superlotação, alta taxa de encarceramento, condições desumanas e violações de direitos da pessoa presa.

Assim, por meio de um estudo de caráter qualitativo, com trabalhos teóricos e jurisprudenciais, bem como utilizando de pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos, dissertações e teses, com análise jurisprudencial, contando com o método de abordagem dedutivo, este trabalho pretende demonstrar que o transconstitucionalismo pode ser utilizado com medida para efetivação dos direitos da pessoa presa, delimitando o objeto de estudo a uma abordagem do ECI no sistema prisional brasileiro.

2 TRANSCONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este capítulo desenvolverá uma análise conceitual e histórica do constitucionalismo, com um enfoque do seu processo evolutivo, perpassando, também, pelo seu cenário na América Latina e no Brasil. Na sequência, realizará uma abordagem acerca do transconstitucionalismo e dos seus aspectos teóricos, bem como do seu percurso. Mais à frente, pontuará sobre a jurisdição constitucional para tutela da dignidade humana e de direitos fundamentais, partindo de uma abordagem dos pontos anteriores e de uma contextualização dos preceitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

2.1 CONSTITUCIONALISMO

Para compreender o Constitucionalismo, é necessária uma concepção do conceito de Constituição, que pode ser definida como “[...] um sistema de normas. Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados” (COELHO NETO, 2008, p. 10). Em uma acepção histórica, é pensada nessa definição diante de uma ordem jurídica política em um determinado sistema político-social (CANOTILHO, 2003, p. 53). Desse modo, a essência de uma Constituição são os direitos dos indivíduos e a organização do poder político.

O surgimento do termo “Constitucionalismo” remete aos movimentos revolucionários americano e francês, em que pese seus ideais remontem à Antiguidade Clássica, com o ambiente da *Pólis* grega (Barroso, 2020, p. 32), na qual a ordem central era voltada para a estruturação do poder e da organização da *Pólis*.

Em relação à definição de Constitucionalismo, não há um conceito exato, considerando que há movimentos constitucionalistas (americano, inglês e francês) que variam conforme o país e diversos outros fatores. Na concepção da Canotilho (2003, p. 51), “[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Seria, portanto, uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.

Para Lima (2012, p. 120 *apud* MENDONÇA; RIBEIRO, 2012, p. 83), o Constitucionalismo é um “[...] resultado do acúmulo teórico do estudo das constituições e de seu desenvolvimento na história. O constitucionalismo, desta forma, consiste também na investigação sobre as formas de organização política do poder do Estado a ser exercido”.

Em uma concepção histórico-descritiva, tem-se a ideia de uma divisão em constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno. O primeiro é marcado por uma fase na qual havia uma estruturação de princípios escritos ou costumeiros que sustentavam os direitos estamentais diante de um monarca e que ao mesmo tempo limitavam o seu poder. Por outro lado, o constitucionalismo moderno é visto como um movimento político, social e cultural, que surge por volta do século XVIII, para questionar os modelos tradicionais de domínio político, nos âmbitos político, filosófico e jurídico, assim como para sugerir uma nova forma de ordenar e fundamentar o poder político (CANOTILHO, 2003, p. 52).

O Constitucionalismo perpassou por diferentes fases e acepções teóricas, variando conforme o contexto político, econômico, cultural e social em cada período e localidade. De maneira ampla, centra-se na organização do Poder, limitação estatal, assim como nos direitos e garantias fundamentais do indivíduos.

Nesse contexto, Bulos (2015, p. 64) divide o Constitucionalismo em dois sentidos, um amplo e outro estrito, pontuando que:

[...] sentido amplo - é o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma Constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar; e sentido estrito – é a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escrita, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio.

Em relação aos movimentos que tradicionalmente estão associados ao Constitucionalismo - a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos - tem-se as duas primeiras Constituições escritas, a americana, de 1787, e a francesa, em 1791, das quais se originaram os primeiros modelos de constitucionalismo - ressalte-se que com grandes diferenças entres eles.

Nesse sentido, Barroso (2018, p. 17) pontua que o modelo francês possuía uma visão essencialmente política da Constituição, sem aplicação direta e imediata do Poder Judiciário, prevalecendo a supremacia do Parlamento, sem controle de constitucionalidade. Por outro lado, o constitucionalismo americano pode ser caracterizado pelo reconhecimento de uma visão jurídica da Constituição, na qual havia a possibilidade de aplicação imediata e direta pelos órgãos judiciais, estando em realce o princípio da supremacia da Constituição, com a possibilidade de controle de constitucionalidade.

O movimento do Constitucionalismo moderno se funde nas promessas da modernidade, quais sejam: “[...] poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, tolerância, respeito ao outro e - quem sabe? - até felicidade”

(BARROSO, 2018, p. 16). Assim sendo, tem-se o Constitucionalismo da modernidade centrado nas ideias de limitação dos poderes do Estado, bem como da estrutural estatal, como também na busca pela efetivação dos direitos fundamentais do ser humano.

Gadotti (2013, p.15) ressalta que o Constitucionalismo moderno pode ser compreendido como “[...] um movimento que serviu para discutir os esquemas tradicionais de domínio político e, para além disso, o fenômeno que gerou a Constituição em sua tecitura moderna, sendo obrigatório associá-la à organização do próprio Estado”.

Além disso, o Constitucionalismo da modernidade surge, também, para responder a três principais questionamentos envolvendo o controle do poder político do Estado e os direitos fundamentais, que Gadotti (2013, p. 15), em seu estudo, desenvolve e resume da seguinte maneira: “1) como determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos? 2) como legitimar o exercício do poder político? e; 3) como controlar e limitar o poder estatal e garantir ao mesmo tempo uma eficiência organizacional?”.

Destarte, no ideal constitucionalista da modernidade, era essencial que os Estados possuíssem uma Constituição assegurando a limitação do poder, a estrutura do Estado, a soberania popular e um conjunto de direitos do indivíduo. Tanto é que a semântica do constitucionalismo encontra-se expressa no art. 16, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, constando que “Toda sociedade em que não esteja assegurada a separação de poderes, nem os direitos e garantias individuais não tem Constituição”.

Entretanto, essa semântica constitucionalista possuía mais um papel meramente simbólico, considerando que muitos Estados tidos como constitucionais, por volta do século XIX, previam o voto censitário, excluindo as massas populares do processo político, o que mostra uma desconformidade entre a ideia de soberania popular e a estruturação da democracia política. Além disso, nos Estados Unidos, a escravidão legal que permaneceu por muito tempo, bem como a segregação racista institucionalizada que perdurou oficialmente até 1954, evidenciam o descompasso entre a semântica constitucionalista e os direitos fundamentais (NEVES, 2009, p. 61).

Nesse contexto, no âmbito brasileiro, os ideias constitucionalistas também se encontravam em descompasso com o sistema político, econômico e social, sem efetividade do constitucionalismo, já que a escravatura e o voto censitário prevaleciam diante da previsão constitucional de que a lei seria igual para todos, conforme disposição na Carta Constitucional de 1824, em seu artigo 179, inciso XIII.

Mais à frente, o Brasil enfrentou a ditadura militar, que nas palavras de Barroso (2018, p.19), durante esse período, “Indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, os estamentos

perenemente dominantes construía uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado”. Havendo, portanto, uma total discrepância entre os mandamentos constitucionais e a realidade político-social brasileira, com uma Constituição meramente figurativa e um constitucionalismo fantasioso.

O desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito em substituição ao Estado Legislativo de Direito surge com o fim da Segunda Guerra Mundial, no qual houve uma substituição da lei no centro para a Constituição como fonte central do ordenamento jurídico, que guia a produção legislativa, bem como dispõe acerca de deveres de atuação legislativa, administrativa e judiciária. Ressalte-se que esse processo ocorre de forma diferentes nos Estados, conforme a realidade social, política e jurídica de cada país, com avanços e retrocessos (BARROSO, 2018, p. 18).

Nesse cenário, Barroso (2018, p. 18) elenca as referências constitucionais que marcam o desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito, quais sejam:

A primeira referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. A partir daí teve início fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica e normativa do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Ao longo dos anos 70, uma nova onda de redemocratização e reconstitucionalização reforçou a adesão ao novo modelo, incluindo Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978). Na América Latina, a década de 80 assistiu ao fim dos regimes militares, que se impuseram ao longo dos anos 60 e 70, como subproduto da guerra fria. A Constituição brasileira, como sabemos, é de 1988. Na Europa central e oriental, a onda de redemocratização e reconstitucionalização seguiu-se à queda do Muro de Berlim, ocorrida em outubro de 1989. Na África do Sul, a transição do regime do *apartheid* para uma democracia multipartidária teve início em 1990 e culminou com a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997.

O Constitucionalismo Contemporâneo - ou neoconstitucionalismo, como é comumente utilizado -, tem como marco as constituições que surgem após a Segunda Guerra, com textos constitucionais mais abrangentes que os ideias constitucionalista da modernidade, tendo mais imposição para uma atuação ativa do Estado no sentido de materializar os seus fins e concretizar os direitos do indivíduo.

Com a Constituição de 1988, o Brasil busca a efetividade dos mandamentos constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a efetivar o ideal constitucionalista, que tinha sido mascarado pelo autoritarismo do período de domínio militar, passando, então, para um Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2018, p. 20-22).

Consoante os ensinamentos de Barroso (2018, p.24), inaugura-se o Constitucionalismo Contemporâneo, tendo como marco filosófico a superação do positivo jurídico, como marcos

teóricos a força normativa da Constituição, a imperatividade do texto constitucional, a expansão da jurisdição constitucional e as novas formas de interpretação constitucionais aptas ao pluralismo da sociedade. Como marco histórico, tem-se o processo de reconstitucionalização após a Segunda Guerra, sendo visto o surgimento do Estado Constitucional de Direito em substituição ao Estado Legislativo de Direito, conforme pontuado anteriormente.

Dentro dos marcos teóricos, a força normativa da Constituição almeja a eficácia, considerando elementos sociais, políticos e econômicos, com o próprio texto constitucional estabelecendo condutas a serem praticadas para efetivar seus mandamentos. Nos marcos filosófico e teórico brasileiro, a Carta Magna de 1988 é ressaltada, considerando o processo de redemocratização do país após a ditadura militar.

No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, é vista uma rejeição ao formalismo, com uma adaptação constitucional e jurídica aos problemas que se manifestam com a pluralidade social, surgindo novos métodos de interpretação constitucional, com menos rigidez e mais abertura às demandas complexas decorrentes da evolução da sociedade.

É também observado o fenômeno da Constitucionalização do Direito, no qual há uma irradiação constitucional por todo o ordenamento jurídico, de modo que todas as normas jurídicas infraconstitucionais estão sob influência da Constituição e dos seus princípios fundamentais, no plano de validade e de interpretação jurídica. Consequentemente, a constitucionalização influencia na atuação dos três Poderes, na sua relação com os particulares, bem como na relação entres os próprios particulares (BARROSO, 2003, p. 17).

Nesse sentido, Barroso (2012, p. 9) destaca que a partir do texto constitucional de 1988, o Brasil passou a ter, além de uma supremacia formal, uma supremacia material que foi “[...] potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico”.

Nascimento (2010, p. 84) ressalta, em linha semelhante, que o novo constitucionalismo de direitos ou essa supremacia material da Constituição constituem orientação diretiva fundamental das três funções do Estado, além de servir como limite e garantia do Estado Democrático de Direito.

Dentro do Constitucionalismo Contemporâneo, Barroso (2018, p. 25) elenca as principais mudanças ocorridas, quais sejam: o desenvolvimento de Constituições analíticas, que dispõem acerca da proteção dos direitos fundamentais das diversas gerações; a expansão da jurisdição constitucional, com os Tribunais Constitucionais efetivando e protegendo os

mandamentos constitucionais; a ascensão do Poder Judiciário, bem como o aumento da sua discricionariedade diante da complexidade da sociedade contemporânea.

Diante disso, os Tribunais Constitucionais passam a ter um papel mais ativo na materialização dos direitos fundamentais, com a ascensão do Poder Judiciário no Constitucionalismo Contemporâneo diante da expansão da jurisdição constitucional e das novas formas de interpretação constitucional.

Olhando para o percurso do Constitucionalismo na América Latina, Fajardo (2011, p. 1) ressalta que as vertentes do horizonte do constitucionalismo liberal do século XIX são centradas na ideia do monismo jurídico, sendo um sistema geral e excludente dos povos originários, afrodescendentes, mulheres e indígenas, baseando-se apenas no modelo de cidadania censitária, para homens brancos e proprietários. Wolkmer (2013, p. 32) enfatiza que as mudanças políticas e os novos processos sociais de luta dos países da América Latina trazem novas constituições com novos atores sociais, realidades plurais e práticas biocêntricas, além de proporem um novo paradigma constitucionalista.

Wolkmer e Melo (2013, p. 10) argumentam que esse “novo” constitucionalismo latino-americano surge, então, de um processo de ruptura com a teoria clássica da modernidade eurocêntrica, fruto de produtos sociais e políticos. É um desdobramento das comunidades indígenas, campesinas e dos povos originários dos Andes, com a criatividade, originalidade e identidade do Sul substituindo a colonialidade e a inferioridade imposta pelo Norte.

O novo Constitucionalismo na América Latina começa a se desenvolver por volta da década de 80, também buscando a limitação do poder estatal e a concretização dos direitos fundamentais, mas principalmente sendo fundado na ideia de um Constitucionalismo Pluralista, diferentemente do monismo jurídico que excluía os povos e ignorava as realidades latino-americanas. São três ciclos que marcam o constitucionalismo pluralista: o constitucionalismo multicultural; o constitucionalismo pluricultural; e o constitucionalismo plurinacional. Partindo desses três ciclos, há uma busca progressiva em romper com os ideais colonizadores (FAJARDO, 2011, p. 2).

No conceito do constitucionalismo multicultural, Fajardo (2011, p. 3, tradução nossa) esclarece que foi um ciclo marcado por uma necessidade em atender as novas demandas indígenas e ao movimento do multiculturalismo, discorrendo a autora, em seu estudo, que “[...] as constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da

configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito – individual e coletivo -, a identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos”.²

No segundo ciclo, do constitucionalismo pluricultural, “[...] as constituições afirmam o direito (individual e coletivo) à identidade e diversidade cultural, já introduzidos no primeiro ciclo, e desenvolvem também o conceito de “nação multiétnica/multicultural” e “Estado pluricultural [...]”³, de modo a redefinir o caráter do Estado, rompendo com o monismo jurídico (FAJARDO, 2011, p. 3, tradução nossa).

Como ressaltado por Mendonça e Ribeiro (2019, p. 81), do nascimento do constitucionalismo latino-americano até a situação hodierna, notam-se grandes rupturas com os paradigma constitucionais europeus, focando no desenvolvimento de acepções voltadas aos movimentos políticos, sociais e jurídicos da realidade local. Havendo, portanto, uma busca pelo processo decolonial no âmbito constitucional latino-americano, de modo a superar os padrões excludentes europeus, que não englobam o pluralismo das regiões da América Latina.

Nesse cenário, o novo Constitucionalismo latino-americano é marcado por constituições mais abrangentes, almejando-se a efetivação de direitos individuais e sociais, com valorização e preservação dos recursos ambientais, bem como incluindo mecanismos para uma democracia participativa, assim ressaltam Gargarella, Pádua e Guedes (2016, p. 38):

As presentes constituições da América - Latina garantem a proteção do meio ambiente, cultura, saúde, educação, alimentação, moradia, trabalho, vestuário etc. Adicionalmente, algumas das Constituições novas ou reformadas incluíram garantias de equidade de gênero, incluíram mecanismos de democracia participativa, criaram as instituições do referendo popular ou da consulta popular, introduziram o direito à revogação do mandato (recall), ou reconheceram o direito das ações afirmativas.

Ainda mais notável, muitos dos renovados documentos constitucionais afirmaram a existência de estados “pluri” ou “multi” culturais, ou a identidade nacional, provendo proteção especial aos grupos indígenas, estabelecendo a conduta obrigatória de consultas às comunidades indígenas antes do desenvolvimento de projetos econômicos que poderiam afetar suas organizações comuns.

Dentro dessa perspectiva, Mendonça e Ribeiro (2019, p. 87-88) elencam características de caráter formal e material que marcam o movimento do Constitucionalismo na América Latina, sendo elas:

[...] seu conteúdo inovador (originalidade); sua extensão de articulação (amplitude); a capacidade de agregar elementos tecnicamente complexos através de uma linguagem acessível (complexidade); e por fim, o fato de que o movimento está

² Texto original: “[...] las constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de sociedad, el derecho - individual y colectivo- a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos”.

³ Texto original: “[...] las constituciones afirman el derecho (individual y colectivo) a la identidad y diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, y desarrollan además el concepto de “nación multiétnica/multicultural” y “Estado pluricultural” [...]”.

comprometido com a legitimação do poder constituinte do povo antes de qualquer mudança constitucional (rigidez).

Como características de cunho material, o movimento latino possui o compromisso de buscar instrumentos que recomponham a relação perdida, ou nunca alcançada, entre soberania popular e governo, através de uma democracia participativa; e tem a necessidade de romper com os sistemas constitucionais anteriores, apresentando uma nova carta de direitos preocupados com a individualização e coletivização de seu povo.

Como marco do rompimento dos padrões europeus em relação ao âmbito constitucional, dentro do terceiro ciclo, há a ideia do Constitucionalismo Plurinacional na Bolívia, marcado por uma Constituição plural, que engloba os seus diferentes povos na participação político-social e jurídica, bem como valoriza os povos originários, além de ter uma participação ativa destes no processo constitucional. Consta, inclusive, no preâmbulo da Constituição boliviana, que o Estado colonial ficará no passado. Dentro desse pluriconstitucionalismo, também são asseguradas novas perspectivas para as políticas públicas, com o fim de abranger as diferentes culturas dos povos daquele país.

Ao estudar o novo constitucionalismo latino-americano e o processo de desenvolvimento das constituições pluralista, Wolkmer (2013, p. 30) aponta que a Constituição brasileira de 1998 e a Constituição colombiana de 1991 introduzem os horizontes do constitucionalismo pluralista, na medida em que o texto constitucional brasileiro consagrou mecanismos democráticos diretos, maior participação popular, autonomia municipal, ampliou os direitos coletivos, além de trazer a previsão de novos direitos sociais. A Constituição colombiana trouxe novos processos constituintes derivados do povos, aumentou direitos, desenvolveu melhor acerca do reconhecimento das comunidades indígenas e apresentou importantes garantias jurisdicionais.

No cenário do Constitucionalismo latino-americano, Almeida (2013, p. 187) reforça que diante da interculturalidade da América Latina, tem-se buscado uma transformação no âmbito jurídico por aqueles que passaram por processos históricos de marginalização e exclusão, por meio de instrumentos oficiais, por luta coletiva para efetivação dos direitos, como também pela criação de novos direitos que possam trazer respostas para essas exigências.

Diante das considerações desenvolvidas ao longo deste ponto, percebe-se que o Constitucionalismo é um movimento em construção, bem como em constante adaptação às diferentes realidades e localidades, além de buscar, em sua essência, uma atuação ativa do Estado na concretização dos seus fins e objetivos, a limitação estatal e a concretização do conjunto de direitos fundamentais dos indivíduos.

No âmbito da realidade latino-americana, o termo vem sendo desenvolvido de forma a romper com os padrões europeus, de modo a abranger a contextualização dos seus povos e das suas respectivas realidades políticas, jurídicas, sociais e culturais. Com isso, há uma busca constante para concretização dos direitos fundamentais dos povos latino-americanos dentro de normas jurídicas que atentem às necessidades dessa localidade.

2.2 TRANSCONSTITUCIONALISMO

A partir da compreensão do conceito de Constituição, bem como do percurso histórico e teórico do Constitucionalismo, verificando suas vertentes sociais, econômicas, políticas e jurídicas, assim como seu percurso nos âmbitos latino-americano e brasileiro, constata-se a influência da complexidade social no desenvolvimento de novas formas de pensar e aplicar os mandamentos constitucionais diante das demandas da sociedade. Sendo necessário, portanto, repensar as ideias do constitucionalismo tradicional e a forma de tutela dos direitos fundamentais pelos Estados, de modo a ter uma evolução constitucionalista.

O Estado, enquanto organização política, em uma perspectiva de âmbito interno e externo, com seus elementos estruturantes, o território determinado, o seu povo e o seu poder político, coexiste com outros Estados em âmbito internacional e com as organizações internacionais. Esta coexistência dos países e das organizações levam a uma integração de normas e casos jurídicos, com problemas comuns ou semelhantes a serem solucionados e que necessitam de uma conversação entre os ordenamentos jurídicos e/ou os Tribunais Constitucionais.

A evolução da sociedade mundial, com sua grande integração, trouxe problemas envolvendo o direito, especialmente a complexidade dos direitos humanos e fundamentais, que normalmente clamam por soluções que envolvem mais de uma ordem jurídica constitucional. Diante disso, surgem relações transversais entre as ordens jurídicas na busca por soluções de problemas constitucionais e/ou jurídicos similares ou comuns entre os Estados (NEVES, 2009, p. 21).

Sobre a pluralidade de ordens jurídicas e a situação dos problemas em caráter transnacional, Silva (2014, p. 33) relata que:

[...] diante da pluralidade de ordens jurídicas cada qual com suas normas, procedimentos, dogmática e níveis (nacional, supranacional e transnacional) aliada ao surgimento de problemas cada vez mais transterritorializados, bem como ao surgimento de novos atores governamentais e não governamentais, o que deve ser descartado é o tratamento desses entraves de forma analítica. Tais atores, de acordo com Peter Haberle, são as ONG's e os Tribunais Internacionais que tornam a seara

constitucional pluralista e dinâmica. Por isso, urge discutir a concretização dos casos por meio de diálogo e da cooperação entre ordens jurídicas multicêntricas por meio de Cortes das mais variadas instâncias ou naturezas de forma que os litígios globais sejam resolvidos efetivamente, levando os Estados ao desapego as suas constituições e que essas, por sua vez, sejam instrumentos de abertura cognitiva de cunho concretizador. O intuito é que os diferentes ordenamentos normativos não se autobloqueiem, nem heterobloqueiem outras normas, tendo em vista a solução de casos jurídicos, pois a fertilização constitucional atual é incompatível com o autismo jurídico e, por conseguinte, pleiteia pelo dinamismo não provocado tão somente pelo conflito de normas, mas também pela hermenêutica importada, cuja autoridade persuasiva de uma norma estrangeira, auxilia na formação de normas concretas cosmopolitas.

As novas demandas que surgem com a evolução social e com percurso do próprio constitucionalismo exigem um ambiente constitucional e jurídico de debates entre as ordens jurídicas, de modo que um ordenamento fica incapaz de solucionar um determinado problema envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais sem recorrer aos aprendizados de outra ordem jurídica em razão da complexidade dos problemas que surgem com a integração entre os Estados. Além disso, ainda que um problema envolva apenas uma ordem jurídica, a troca de experiência e aprendizado entre ordens é essencial no desenvolvimento de soluções mais efetivas.

Surge, dentro desse contexto, a teoria do transconstitucionalismo desenvolvida pelo autor Marcelo Neves, na qual seu conceito implica problemas jurídicos que envolvem os diversos tipos de ordens jurídicas. Assim, um problema de caráter transconstitucionalista: “[...] implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de solução” (NEVES, 2009, p. 22).

Vê-se, assim, que o transconstitucionalismo surge diante da necessidade de repensar os ideais do constitucionalismo tradicional em razão da complexidade dos problemas das diferentes ordens jurídicas, em âmbito estatal, internacional, supranacional e transnacional. Todavia, não se afasta das ideias do constitucionalismo, é uma evolução diante das novas situações, sendo uma vertente constitucionalista que também busca a efetivação dos direitos fundamentais, mas que vai além das normativas do Estado.

As situações de direitos fundamentais e direitos humanos estão indo além da fronteira de um Estado, de modo que o Direito Constitucional encontra limites para solucionar esses problemas, sendo necessária a abertura do constitucionalismo para além da ordem jurídica estatal (NEVES, 2009, p. 121). Nesse sentido, Neves (2009, p. 121) explica que:

[...] um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) à frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem sobretudo atores privados e quase

públicos, é indiscutível que questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos surgem perante elas. Menos clara é a afirmação de que elas estão relacionadas com os problemas de limitação e controle do poder. Caso se trate de poder político no sentido sistêmico, que se orienta primariamente à tomada de decisões coletivamente vinculantes, é inegável que essas ordens estariam distantes desse problema. No entanto, a influência que atores privados desempenham no âmbito dessas ordens, sem o controle direto de uma autoridade política - estatal, internacional ou supranacional -, transforma-os em detentores de poder com repercussões políticas relevantes¹. Dessa maneira, também nas ordens transnacionais reaparecem os problemas jurídico-constitucionais com uma nova roupagem.

Dentro desse contexto do entrelaçamento entres ordens jurídicas, Bulos (2015, p.) discorre que “[...] o transconstitucionalismo decorre do caráter multicêntrico dos sistemas jurídicos mundiais, onde a conversa e o diálogo desenvolvem-se em vários níveis que integram, formando um bloco compacto de comunicação entre os atores do cenário estatal”. Ressaltando, ainda que, por meio do transconstitucionalismo, “No lugar da vaidade, do provincianismo, da rebeldia, da discórdia e da mediocridade, comuns no mundo, abre-se espaço para o entendimento, a cooperação, a conversa e a criatividade”.

Mais além, Bulos (2015, p. 90-91) vislumbra o transconstitucionalismo em duas acepções: em sentido restrito e amplo. Em sentido restrito, o autor coloca a integração entre ordenamentos jurídicos distintos, que se unem e somam esforços para resolverem situações complexas, com cada Estado permanecendo com sua soberania, apenas ocorrendo uma integração harmoniosa entre ordens constitucionais diferentes na busca de soluções conjuntas. Como características do transconstitucionalismo *stricto sensu*, o autor elenca quatro pontos: a necessidade de abandonar a ideia de o conceito de constituição está restrito a determinado Estado, sem que se recorra a outras constituições; a possibilidade de externalização e internalização de informações entre Estado, órgãos e atividades diferentes, na troca de conhecimentos e experiências; o entrelaçamento entre duas ou mais ordens jurídicas, com a independência de cada uma sendo mantida; o fomento de pontes de transição entre as ordens jurídicas, com a intercomunicação entres os Estados e com o fortalecimento dos relacionamentos formais e informais entre eles.

Em relação ao transconstitucionalismo em sentido amplo, Bulos (2015, p. 91) discorre que é o caso de entrelaçamento entre duas ordens jurídicas de um mesmo ordenamento, como o caso dos órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário dialogando entre si, para eliminarem problemas constitucionais. Assim sendo, o autor destaca quatro características desse transconstitucionalismo *lato sensu*: encontra-se presente nas federações; não envolve ordens jurídicas estrangeiras; possibilidade dos órgãos do poder dos entes federativos conversarem entre si; no Brasil, ocorre por meio do entrelaçamento dos entes federativos, para resolverem problemas de cunho constitucional.

Além do transconstitucionalismo, Moraes (2021, p. 15) desenvolve acerca do transjudicialismo, definindo como “[...] interlocução entre o Direito Constitucional interno e estrangeiro, e destes com o Direito Internacional, o transjudicialismo é manifestado pelo transplante ou uma transposição estatal de decisões judiciais”.

Sobre a importação constitucional, Pereira e Gonçalves (2015, p. 153) destacam que:

A importação de ideias constitucionais é uma prática ubíqua no constitucionalismo contemporâneo, podendo ser caracterizada como o processo pelo qual órgãos políticos e judiciais – especialmente Cortes Supremas e Constitucionais – introduzem no sistema jurídico nacional, por meio de legislação e de precedentes, institutos, técnicas e outras construções legislativas e judiciais estrangeiras em matéria de direito constitucional. A vantagem desse processo de circulação de ideias e institutos estrangeiros é atribuir ao direito um caráter mais dinâmico, deliberativo e cosmopolita. De fato, uma abordagem paroquial da Constituição pode privar a jurisdição constitucional de visões distintas e enriquecedoras, impedindo que os operadores jurídicos consigam “pensar fora da caixa”.

Silva (2014, p. 38) destaca que o neoconstitucionalismo contribuiu na criação das vertentes do transconstitucionalismo em três pontos: no protagonismo do Poder Judiciário; na valorização da hermenêutica jurídica; e na razoabilidade das decisões. No primeiro aspecto, é de se ressaltar - e lembrar o que foi pontuado no tópico anterior - que o Judiciário passou a ter uma atuação mais ativa dentro do Constitucionalismo contemporâneo, com mais pragmatismo, além de que os Tribunais funcionam como pontos de transição dentro do transconstitucionalismo, assumindo um papel central na solução dos casos de caráter transnacional.

Em relação ao aspecto da valorização da hermenêutica jurídica, Silva (2014, p. 38) enfatiza que de certo modo “[...] verifica-se a “persuasão importada”, ou seja, o diálogo, ainda que silencioso, entre Tribunais de países diversos”, na medida em que há uma inserção de valores aos textos constitucionais, de modo a compatibilizar as decisões com o ordenamento jurídico e priorizar a justiça, a moral e os preceitos democráticos. Quanto à razoabilidade das decisões, a influência desse aspecto no transconstitucionalismo ocorre em razão das técnicas de ponderação utilizadas na solução de casos complexos, que em âmbito transconstitucional é realizada pelos tribunais e ordenamentos multiníveis com diálogo e cooperação (SILVA, 2014, p. 38).

É importante destacar que a teoria transconstitucionalista não deve ser confundida com o “provincianismo jurídico”, no qual ocorre o mero transplante de direito comparado, de forma aleatória e acrítica, sem harmonia em seu conteúdo e na decisão. Assim, as decisões que se valem do transconstitucionalismo fazem uma conversação constitucional, não apenas mera transcrição. No Brasil, as decisões do Supremo Tribunal Federal que podem ser vistas com viés

transconstitucionalista, utilizam do transplante do conhecimento de outros ordenamentos para o nosso, dentro de uma conversação constitucional ao estilo pátrio (BULOS, 2015, p. 96). Dentro dessas decisões, existem debates acerca dos aprendizados e experiências dos outros ordenamentos, utilizando de forma crítica e dialógica o conhecimento das outras ordens jurídicas.

O transconstitucionalismo pode se manifestar de diversas formas, ocorrendo principalmente quando há interlocução entre o Direito Constitucional interno e estrangeiro, como também com o Direito Internacional. Todavia, pode ocorrer também entre Direito Supranacional e Direito de cada Estado, entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais, entre direito supranacional e direito internacional (BULOS, 2015, p. 96). Vê-se, portanto, que são várias as formas de intercomunicação possibilitadas pela teoria transconstitucionalista.

Como exemplo de fomento ao transconstitucionalismo pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, ao debate constitucional com outras Cortes, Bulos (2015, p. 97) ressalta que a Corte Constitucional brasileira disponibiliza seus principais julgados em inglês e espanhol, a fim de permitir o intercâmbio com a comunidade internacional, possibilitando um diálogo com outros Tribunais Constitucionais.

Em pesquisa não exaustiva realizada até 2010 sobre a utilização de jurisprudência estrangeira, foi verificado por Silva (2010, p. 97-99 apud SIGNORETTI, 2013, p. 126) a presença de quarenta e cinco acórdãos nos quais o Supremo Tribunal Federal utilizou precedentes estrangeiros em suas decisões como razão de decidir ou como argumento de convencimento, sendo observado também um aumento progressivo na utilização de decisões estrangeiras pelos ministros da Corte Constitucional brasileira. Vê-se, desse modo, que o transconstitucionalismo vem se desenvolvendo no âmbito do STF, não apenas mencionando as decisões estrangeiras, mas utilizando-as como razão de decidir e como fundamentação.

Ao se pesquisar no portal oficial do Supremo Tribunal Federal, é possível notar a presença de trezentos e vinte e seis resultados de pesquisa que apontam para utilização do termo “direito comparado” nos acórdãos das decisões do Tribunal Constitucional brasileiro, o que pode demonstrar esse aumento progressivo da utilização de outras ordens jurídicas nas decisões brasileiras.

Em uma análise das decisões da Corte Constitucional brasileira, pode ser citada, como exemplo de construção dialógica constitucional, além da decisão objeto de estudo deste

trabalho, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2⁴, no qual o Supremo Tribunal Federal considerou como crime de racismo a publicação de livro com caráter antissemita, utilizando como fundamentação outras ordens jurídicas, constando inclusive na ementa a utilização de fontes jurídicas estrangeiras:

[...] 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo (STF, 2004, p. 2).

Não há hierarquização entre as ordens jurídicas dentro da teoria transconstitucionalista, encontrando-se todas em igual patamar jurídico-constitucional, com um entrelaçamento entre elas e sem bloqueios. Busca-se uma construção conjunta entre as ordens, sem uma criação de uma única ordem jurídica ou com implicação de apenas uma ordem como ponto de partida. Neves (2009, p. 25) enfatiza que o transconstitucionalismo “[...] aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial”, implicando, assim, o desenvolvimento de uma “[...] construção de ‘pontes de transição’, da promoção de ‘conversações constitucionais’, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas [...]”.

Não há que se falar, portanto, acerca de quem deve ser a palavra que irá permanecer sobre a outra, ou qual Tribunal, órgão ou ordem jurídica que irá prevalecer. A grande vantagem da teoria transconstitucionalista é a busca pela superação das dificuldades que surgem na convivência entre os entes, atentando-se a competência de cada um, de modo a respeitar as especificidades, valorizando o que for dentro da razoabilidade e que atente a dignidade humana, para então servir de paradigma para o que detém a competência de solucionar o problema (GADOTTI, 2013, p. 112-113).

Gadotti (2013, p. 127) bem ressalta sobre a decisão do operador do Direito de não se preocupar em definir qual a ordem que deve prevalecer ou qual seria a última *ratio*, sendo que “[...] ao implementar tal comportamento, o operador do Direito estará se valendo e

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada. [...] nº 82424. **Habeas Corpus**. Brasil, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 10 jul 2022.

respeitando as especificidades de seu ordenamento jurídico sem desprezar o que já deu certo em outro Estado que com ele está interligado em consequência da globalização”.

Trata-se, assim, de uma comunicação teórica e institucional entre os Estados e suas ordens jurídicas, de modo a se ter mais efetividade na resolução de situações envolvendo os direitos fundamentais e a dignidade humana dos indivíduos. É essencial essa troca de experiências jurídicas e práticas, bem como de aprendizados entre os Estados quanto às situações-problemas envolvendo suas respectivas ordens jurídicas e problemas de efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade humana por meio da conversação constitucional.

Destarte, Neves (2009, p. 167-168) destaca que:

[...] o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*. Nesse caso, o “transjudicialismo” implica uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em transconstitucionalismo.

Nesse contexto, Moraes (2021, p. 21) elenca que:

Do ângulo do tribunal receptor, os precedentes estrangeiros podem ser utilizados como holding ou *ratio decidendi*, em ordem a justificar racionalmente os fundamentos de decisões sobre questões constitucionais que permeiam os sistemas jurídicos contemporâneos, sob a égide do Direito Constitucional de convergência.

Não há hierarquia dentro dessa incorporação da decisão de outra Corte Constitucional, o que ocorrerá é uma releitura da decisão estrangeira a partir das especificidades da ordem jurídica receptora (NEVES, 2009, p. 118). A ordem jurídica receptora utilizará o precedente estrangeiro adequando ao seu sistema jurídico e social, de modo a obter a melhor decisão no sentido de efetivação de direitos fundamentais, direitos humanos e da dignidade humana. Ocorrendo, assim, um aprendizado construtivo e uma intercomunicação entre as ordens jurídicas para obter a decisão mais efetiva.

É necessária essa comunicação entre as ordens jurídicas, por meio de um diálogo constitucional, tanto para tratar problemas similares quando dois ou mais países enfrentam em seus territórios, quanto situações comuns, que afetam direta ou indiretamente os Estados, como o caso do direito humano ao clima, que atinge todos e é tratado por Silva (2014) sob uma perspectiva do transconstitucionalismo como medida para efetivação desse direito. Nesse sentido, Silva (2014, p. 76) enfatiza que “[...] o direito humano do clima é discutido, atualmente, em toda a parte do mundo e, portanto, as soluções podem servir de parâmetros hermenêuticos, facilitando a pré-compreensão do julgador”.

Ademais, a conversação constitucional entre as ordens jurídicas é necessária também no sentido de sanar eventuais lacunas existentes em alguma das ordens, sem anulações ou hierarquizações, apenas complementações e trocas de aprendizados e experiências para maior efetividade de direitos e para obter uma melhor decisão.

Dentro da teoria transconstitucionalista, é preciso enfatizar a palavra alteridade, que está ligada diretamente ao conceito e as situações envolvendo o transconstitucionalismo. Em uma sociedade interligada como a hodierna, os problemas de direitos humanos e fundamentais enfrentados pelos Estados ultrapassam as fronteiras de uma ordem jurídica, não sendo possível ignorar as outras ordens, em isolamento.

A alteridade, assim, é essencial na convivência entre os Estados e entre os diferentes ordenamentos, bem como na cooperação para promoção dos direitos humanos, sem desconsideração das particularidades de cada Estado e sem hierarquização. É um processo de abertura para as experiências e aprendizados desenvolvidos pelas outras ordens jurídicas, no qual é necessário reconhecer a importância de conversação com os Estados, de modo a compartilhar conhecimento e resolver problemas comuns jurídico-constitucionais de forma mais eficiente. Diante disso, Neves (2009, p. 272) argumenta que:

[...] é fundamental, na construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável a reconstrução permanente da “identidade constitucional” por força de uma consideração permanente da alteridade. Isso não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos. [...] só mediante essa disposição é possível absorver o dissenso originário. O caminho contrário leva ao bloqueio recíproco na solução de relevantes problemas constitucionais, tanto no plano dos direitos humanos e fundamentais quanto no âmbito da organização (controle e limitação) do poder.

Uma racionalidade transversal será positiva quando as relações externas não se autobloquearem, sendo também essencial que as estruturas sociais observem as premissas democráticas e de justiça. Devendo ter “[...] cooperação e não submissão ou repulsa no âmbito externo e, no âmbito interno, a formação de Estados Democráticos e não Estados Totalitários, buscando estabelecer simetrias para uma assimilação crítica e construtiva (SILVA, 2014, p.76).

Souza e Coelho Neto (2021, p. 156-157) ressaltam a necessidade do diálogo entre os tribunais constitucionais por meio do transconstitucionalismo, considerando a sociedade mundial globalizada, na qual os países enfrentam problemas similares em relação aos direitos fundamentais, além da ratificação de tratados e convenções internacionais por muitos Estados, que os tornam próximos nos tratamentos dos direitos humanos. Os autores concluem que “[...] o

diálogo entre os tribunais constitucionais permite a interação e o desenvolvimento de estratégias semelhantes na efetivação de direitos e na resolução de situações comuns às ordens jurídicas”.

Percebe-se, então, a importância do transconstitucionalismo na sociedade global hodierna, de modo a permitir a abertura dos constitucionalismos estatais para as outras ordens jurídicas. É de se ressaltar que as ordens jurídicas que não estão dispostas ao diálogo constitucional não devem ser excluídas da metodologia transconstitucionalista, considerando o caráter de alteridade desse teoria, que buscará estabelecer “pontes de transição” para possibilitar um relacionamento mais construtivo entre as ordens jurídicas (NEVES, 2009, p. 187-277).

Assim, mostra-se clara a importância do transconstitucionalismo na solução de problemas jurídico-constitucionais envolvendo direitos fundamentais e direitos humanos que perpassam as fronteiras dos Estados. A solução para tais problemas poderá ser melhor desenvolvida observando as experiências e aprendizados de outras ordens, de maneira, inclusive, a sanar eventuais lacunas existentes, assim como de construir conjuntamente medidas eficientes para efetivação dos preceitos fundamentais. Neves (2009, p. 296-297) conclui destacando o “ponto cego”, que consiste na ideia de que “eu vejo o que tu não vês”, na qual uma determinada ordem reconhece os seus limites nas soluções de problemas constitucionais:

[...] o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional - a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder-, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observa dor tem um limite de visão no "ponto cego", aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de alter e ego, que "eu vejo o que tu não vês", cabe acrescentar que o "ponto cego" de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.

Destarte, a solução para determinado problema envolvendo o âmbito constitucional e jurídico de um Estado poderá ser encontrada na ordem jurídica de outro país, que na respectiva situação já pode ter tratado da temática ou tenha técnicas e regramentos que podem ser utilizados pela outra ordem. Além dessa possibilidade, viu-se que a saída para a adversidade jurídica pode, ainda, ser desenvolvida de forma conjunta por dois ou mais ordenamentos jurídicos, de maneira que os empecilhos sejam superados e os direitos sejam efetivados e respeitados.

2.3 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado, em relação aos direitos fundamentais (individuais e sociais), tem dupla atuação: uma positiva e outra negativa. A positiva diz respeito a prestação ativa, no sentido de conceder condições e desenvolver políticas públicas aptas para efetivação dos preceitos fundamentais do indivíduo. Por outro lado, a negativa é uma abstenção estatal, é o dever de respeitar os direitos e garantias fundamentais. Assim, o Estado assume o papel de garantidor e protetor dos direitos fundamentais, de modo que esses preceitos serão materializados pelo Estado, bem como não violará tais direitos, preservando-os de lesões.

Importante sublinhar que conforme o STF, na ADI 939⁵, bem como a doutrina, os direitos e garantias fundamentais não se limitam aos artigos de títulos determinados na Constituição Federal, podendo ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional, de forma expressa ou implícita, assim como podem decorrer de tratados e convenções internacionais ratificados pelo país.

A evolução do Constitucionalismo e do Direito Constitucional está diretamente relacionada com a afirmação dos direitos fundamentais, considerando as dimensões evolutivas dos direitos – ou gerações, como denominam alguns autores –, que podem ser compreendidas a partir de uma análise de um processo histórico-social, no qual os direitos passaram por uma evolução de acordo com determinados momentos históricos e sociais.

Nessa conjuntura, discorre Machado (2017, p. 120):

A consagração de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos ocorreu paulatinamente e em estreita relação com a imperiosa necessidade de contenção do poder. Nesse cenário iniciou-se o fenômeno do constitucionalismo moderno e, como decorrência, assistiu ao assecuramento dos direitos fundamentais, antes destacados como direitos humanos – depois direitos humanos – ou, como referem alguns na atualidade, direitos humanos fundamentais.

Mais à frente, Machado (2017, p. 120-122) discorre que os documentos com origem mais próxima ao constitucionalismo moderno são a Declaração de Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tendo esta sido resultado da Revolução Francesa. Entretanto, apenas cerca de duas décadas do século XIX, as

⁵ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio: [...] registro minha convicção firme e categórica que não temos, como garantias constitucionais, apenas o rol do artigo 5º da Lei Básica de 1988. Em outros artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão, nesse embate diário que trava com o Estado, e o objetivo maior da Constituição é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas – as do Estado e as de cada cidadão considerado de per se. [...] o Diploma Maior admite direitos implícitos, os direitos que decorrem de preceitos nela contidos e que, portanto, não estão expressos.

constituições passaram dispor formalmente sobre as declarações de direitos, merecendo destaque a Constituição da Bélgica, de 1831, e a Constituição imperial do Brasil, de 1824, que trazia garantia de inviolabilidade dos direitos civis e político, havendo o fenômeno da constitucionalização das declarações de direitos.

Voltando os olhos para o processo histórico dos direitos fundamentais, tem-se os lemas da Revolução Francesa - igualdade, liberdade e fraternidade-, surgindo os direitos de 1º, 2º e 3º dimensão, posteriormente evoluindo para a 4ª e a 5ª dimensão.

Os direitos de primeira dimensão estão relacionados coma liberdade, são os direitos civis e políticos (liberdades públicas). Aqui os indivíduos são os titulares desses direitos, que são direitos de resistência ou oposição ao Estado. Há uma autonomia individual e uma abstenção do Estado, com um caráter negativo, já que criaram uma obrigação de não fazer, uma abstenção estatal, de modo que não ocorra uma atuação abusiva na esfera privada do indivíduo.

Os direitos de segunda dimensão são de igualdade, sendo direito sociais, culturais e econômicos, que buscam uma igualdade entre os indivíduos (a igualdade material/substancial), com uma necessidade atuação positiva do Estado para corrigir as disparidades sociais. Assim, esses direitos de segunda dimensão são classificados como direitos positivos.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais traz a noção de solidariedade e fraternidade. São direitos que vão além do indivíduo, são os “direitos transindividuais”, que buscam a proteção do gênero humano, a coletividade como um todo.

Com a globalização, surge a 4ª dimensão dos direitos. Não há um consenso doutrinário quanto à essa dimensão. Para alguns, como Bonavides (2004, p. 571), a globalização política na esfera da normatividade jurídica vai trazer essa quarta dimensão, com os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, buscando uma universalização dos direitos fundamentais no campo institucional e com o objetivo de alicerçar o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos.

Em uma outra perspectiva, para outros autores, os direitos de quarta dimensão decorrem dos avanços da engenharia genética, para os novos direitos diante das tecnologias. Seriam direitos ligados à biogenética, ao biodireito e à tecnologia. Na quinta dimensão, defendem o direito à paz. Para alguns autores, há ainda uma sexta dimensão, que seria o direito à água potável.

Além dessas dimensões, os direitos fundamentais possuem duas dimensões em relação ao Estado e ao sujeito detentor de direitos. A primeira é a dimensão subjetiva, que trata dos

sujeitos, na qual os direitos fundamentais são exigíveis perante o Estado, tanto positivamente (exigindo uma atuação positiva do Estado para a concretização do direito), como negativamente, exigindo uma omissão do Estado, que deve evitar lesões a esses direitos. Assim, os titulares dos direitos fundamentais possuem essa faculdade de exigir a atuação estatal, seja ela positiva ou negativa.

Na dimensão objetiva, os direitos e garantias fundamentais estão como base e fundamento do Estado Democrático de Direito, assim os Poderes do Estado devem atuar observando esses direitos. Há, desse modo, uma eficácia irradiante dos preceitos fundamentais, que consiste na ideia de que esses direitos “[...] constituem decisões valorativas da natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2018, p. 149). Dentro dessa dimensão, os bens tutelados passam a ser vistos com valores que o Estado deve preservar e fomentar.

Nesse sentido, destaque-se que os Poderes Públicos devem conferir eficácia máxima e imediata a todo preceito que define direito e garantia fundamental. Busca-se que os direitos e garantias fundamentais tornem-se prerrogativas a serem aplicadas diretamente pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (PIOVESAN, 2018, p. 114).

Desse modo, vê-se que os direitos fundamentais constituem a própria essência do Estado Constitucional, na medida em que guiam a atuação dos Poderes, com seus valores primordiais, bem como exigem sua eficácia e concretização para a materialização do Estado constitucional. Orientando, também, todo o ordenamento jurídico, com sua eficácia irradiante, além de servir como parâmetro de controle constitucional. Além disso, o texto constitucional brasileiro de 1988 possui previsão acerca da aplicabilidade imediata⁶ dos preceitos fundamentais, buscando, assim, garantir que os direitos e garantias fundamentais sejam materializados sem impedimentos.

A Constituição brasileira de 1988 não se limitou a apenas dispor normativamente acerca dos direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, como também reconheceu os direitos humanos na ordem constitucional de forma expressa⁷ (MACHADO, 2017, p. 136).

No seu plano ético, a dignidade humana, está ligada aos conceitos de bom, justo e virtuoso, situada próximo dos valores de justiça, segurança e solidariedade para o Direito,

⁶ Art. 5, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; Art 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

estando, aqui, a sua justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (BARROSO, 2010, p. 9).

A dignidade humana está prevista em tratados, convenções internacionais e constituições estrangeiras como um princípio central, que unifica e centraliza as normas, estando em especial prioridade. Assim, a dignidade humana constitui um “[...] verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido” (PIOVESAN, 2018, p. 109).

Inclusive a dignidade é a base da consagração dos direitos humanos fundamentais, sendo compreendida como um valor que integra todo o ser humano, em sua própria natureza, estando diretamente vinculada a ideia de pessoa (MACHADO, 2017, p. 155).

Portanto, podem ser extraídos três elementos essenciais à dignidade humana: valor intrínseco da pessoa humana, que está ligada à natureza do ser humano; autonomia da vontade, é o exercício da vontade da pessoa, sua capacidade de autodeterminação; valores comunitários, traz a noção de valor social da dignidade humana, conforme os ideais de vida boas nos termos da comunidade e de buscar o bem comum de todos os indivíduos (BARROSO, 2010, p. 20-30).

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade humana é colocada como fundamento do Estado Democrático de Direito⁸. Sarlet (2011, p. 28) define a dignidade humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe ,153 garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Mais além, Sarlet (2011, p. 48) considera como correta a ideia de que os direitos fundamentais possuem um conteúdo ou alguma projeção da dignidade humana, podendo variar o grau de intensidade dessa conexão. Ressalte-se que o autor admite que podem ocorrer exceções nesse ponto.

Nota-se, assim, que o respeito à dignidade humana depende do efetivo gozo dos direitos fundamentais (OPPITIZ, 2018, p. 44). Os direitos fundamentais e a dignidade humana

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana;

estão relacionados, aqueles podem decorrer diretamente ou não desta. Contudo, a dignidade humana, enquanto “[...] valor e (princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões [...]” (SARLET, 2011, p. 48).

Resta evidente que a dignidade humana constitui um valor dos direitos fundamentais em espécie, havendo uma conexão entre eles, que pode ser direta ou não, mas aquela será orientadora destes, constituindo a essência desses direitos. É, inclusive, norteadora da interpretação constitucional dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, interessante pontuar que a dignidade humana não é subsidiária aos direitos fundamentais, podendo ocorrer violação a um direito fundamental e simultaneamente a dignidade humana, o que, em regra, acabando ocorrendo, considerando a relação direta existente.

Primeiramente, é necessário analisar se não há uma violação específica a um direito fundamental em espécie, considerando que o legislador já tomou uma decisão prévia para aquela situação, decorrente da explicitação da dignidade humana naquela dimensão específica. Mas isso não impede uma eventual violação concomitante da dignidade humana e do direito fundamental (SARLET, 2011, p. 48).

Ademais, a dignidade humana tem também a função integradora e hermenêutica, considerando que serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, não apenas dos direitos fundamentais e das normas da Constituição Federal (SARLET, 2011, p. 46).

Nesse contexto, importa sublinhar que o valor da dignidade humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais “[...] vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro” (PIOVESAN, 2018, p. 111).

Vê-se que o texto constitucional de 1988 busca privilegiar e resguardar o valor da dignidade humana, na medida em que concede um grande destaque ao tema dos direitos fundamentais. Além disso, quando torna-as cláusulas pétreas reforça ainda mais a vontade da Constituição em priorizá-los (PIOVESAN, 2018, p. 111).

O Estado tem o dever de promover a dignidade humana de todos os indivíduos, de modo a concretizá-la e efetivar os direitos fundamentais, além de ter o dever de respeitá-la durante a atuação estatal. Esse dever de respeito não é apenas do Estado, mas também de toda a sociedade e de cada indivíduo, de forma isolada.

Nesse âmbito de aplicação, vale destacar que a dignidade humana aplica-se a todos, de maneira indistinta, conforme pontua Sarlet (2011, p. 23):

[...] não se deverá olvidar que a dignidade - ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária - independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos - mesmo o maior dos criminosos - são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Então, enquanto elemento inerente a qualidade de ser humano, núcleo central dos direitos fundamentais e elemento irradiante de todo o ordenamento jurídico, a dignidade humana “não poderá ser objeto de concessões, mitigações, ponderações ou relativizações. É o núcleo, o cerne, a essência; é o mínimo e, em nenhuma hipótese cederá espaço a outro princípio, direito ou valor, eventualmente em conflito” (MACHADO, 2017, p. 157-158).

Embora a dignidade humana figure com centralidade e destaque na Constituição Federal de 1988⁹ e nos tratados internacionais¹⁰, não há sua eficácia social, sua concretização, de fato. Como destaca Sarmiento (2016, p. 15), “Entre o discurso generoso dos textos constitucionais e internacionais e a vida concreta da população mais carente, interpõe-se quase sempre um oceano”.

Diante dos mandamentos constitucionais que asseguram a concretização dos direitos fundamentais e da dignidade pelo Estado, bem como considerando a expansão da jurisdição constitucional com o Constitucionalismo, vê-se que o Poder Judiciário deve pautar sua atuação em assegurar a efetividade do texto constitucional, de modo que a sociedade tenha seus direitos resguardados e efetivados pelas instituições do Estado.

A função essencial da Jurisdição Constitucional é de encarregar o Poder Judiciário na busca pela efetivação dos mandamentos constitucionais, zelando para o efetivo cumprimento das normas jurídicas e pela supremacia da Carta Constitucional.

O Estado possui a função essencial de efetivar os direitos fundamentais das pessoas, criando condições para que todos tenham uma vida digna, com acesso aos direitos mínimos constitucionalmente previstos. Entretanto, há uma ineficiência estatal em concretizar as normas constitucionais de modo geral, sendo a situação particularmente mais gravosa dentro do sistema prisional, no qual os encarcerados são submetidos a situações desumanas, com violações massivas dos seus direitos.

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação: [...] Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]

Quando o Estado, além de não efetivar os preceitos constitucionais, ainda viola-os de forma massiva, em omissão no seu papel de garantidor, é gerado um ambiente de anormalidade constitucional, no qual as normas constitucionais do país não são efetivadas pelo próprio Estado, com uma desarmonia entre a norma positivada e o cenário prático.

Sendo negado um mínimo de condições possíveis para a sobrevivência e existência digna de um grupo de pessoas, as Cortes Constitucionais precisam agir positivamente para garantir a concretização dos preceitos fundamentais, bem como para sanar omissões do Estado, de modo a garantir a materialização do próprio Estado Constitucional.

A partir da análise do percurso do constitucionalismo no cenário mundial, é de ressaltar que cada país possui seus próprios mecanismos e estruturas quanto ao ponto da jurisdição constitucional, mas é observado que todos estão ligados por algo em comum nessa temática, que é a função principal da jurisdição constitucional de “[...] dar a última resposta nas questões que envolvem a interpretação e aplicação da Constituição, de modo a resguardar e efetivar de modo correto seu conteúdo” (COSTA, 2016, p. 49).

Como pontuado na abordagem acerca do Constitucionalismo Contemporâneo, a jurisdição constitucional encontra fundamento no princípio elementar da supremacia da Constituição, que a garante a posição de superioridade do texto constitucional no ordenamento jurídico diante das outras normas, assim como na estruturação política dos Estados (COSTA, 2016, p. 204).

Cite-se, aqui, a principal função do juiz constitucional, que é a de cuidar da condução da jurisdição constitucional, de modo a zelar para que ela se desenvolva dentro dos ideais democráticos, bem como permitindo e facilitando no desenvolvimento de um ambiente de diálogo constitucional, para que ocorra a efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade humana (COSTA, 2016, p. 208).

Após uma análise de alguns casos submetidos a jurisdição constitucional, Costa (2016, p. 206) destaca que esta é um alicerce das organizações político-sociais, de modo que “[...] direitos fundamentais foram efetivamente implementados através de uma atuação mais proativa do poder judiciário, ou melhor, dos juízes constitucionais” (COSTA, 2016, p. 206).

Observa-se, assim, que a jurisdição constitucional é necessária para a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Considerando que os preceitos fundamentais são o núcleo da Constituição e do próprio Estado Constitucional, a jurisdição constitucional é essencial em um Estado Democrático de Direito, para que ocorra a concretização dos valores fundamentais, buscando, assim, evitar omissões e atuações contrárias aos mandamentos constitucionais, criando um ambiente estatal de harmonia constitucional.

3 VULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA DIANTE DA PROTEÇÃO INEFICIENTE DO ESTADO

O presente capítulo analisará a vulnerabilidade das pessoas presas, partindo de um enfoque na proteção ineficiente do Estado. Em um primeiro momento, demonstrará considerações iniciais sobre a vulnerabilidade, para fins de compreensão gerais da temática que foi desenvolvida no capítulo. Na sequência, o intuito do trabalho será enfatizar a vulnerabilidade prévia da pessoa presa, de modo a ressaltar que anteriormente à prisão o preso já fazia parte de um grupo vulnerável. Para tal objetivo, desenvolverá concepções sobre o direito penal e a execução penal, de modo a contextualizar historicamente a pena de prisão e seus objetivos. Seguindo, destacará dados que ressaltam a composição do sistema prisional brasileiro, bem como estudos sobre a temática, de modo a fundamentar que o preso é, majoritariamente, uma pessoa vulnerável anteriormente à prisão.

Em seguida, será exposto sobre o dever do Estado perante o preso, elencando o conjunto de normas tanto nacionais quanto internacionais que asseguram os direitos dos presos e que elencam os deveres do Estado. Por fim, desenvolverá acerca da vulnerabilidade intensificada pelo Estado dentro das prisões, sustentando que as instituições estatais agravam a vulnerabilidade da pessoa presa, considerando o cenário de violações e omissões dentro do sistema prisional. Discorrerá, ainda, a respeito de casos do cárcere brasileiro que foram analisados em âmbito nacional e internacional, nos quais foram reconhecidas as precariedades dos estabelecimentos penais brasileiros e das situações perversas em que os presos são submetidos.

3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE

É importante compreender o conceito de indivíduo vulnerável, partindo de uma análise da caracterização histórica e cultural do termo vulnerabilidade, que remete à uma ideia de estado de fragilidade e de exposição, seja ela de riscos, danos ou violações de direitos, assim como há uma noção de que os sujeitos vulneráveis são aqueles que se encontram em situação de exclusão social, submetidos às mazelas da sociedade.

O termo vulnerabilidade é relativamente novo, tendo surgido com a modernidade por volta do século XIX. Originalmente era ligado à área médica, ao indivíduo que tinha problemas de saúde, com feridas ou doenças físicas, tendo sido também relacionado com um sentido farmacêutico, passando posteriormente para a vulnerabilidade do indivíduo. Pode-se

dizer que em todos os significados desenvolvidos para a vulnerabilidade, se conclui que ela é inata a condição de ser humano (MELKEVIK, 2017, p. 642-643).

Nesse contexto, Feito (2007, p. 8) dispõe que existem dois tipos de vulnerabilidade humana: uma vulnerabilidade antropológica e uma vulnerabilidade sócio-política. A primeira está relacionada com uma condição de fragilidade própria e intrínseca ao ser humano, em razão do biológico e psíquico. Por outro lado, a vulnerabilidade sócio-política é compreendida como decorrente do indivíduo pertencer a um grupo, gênero, condição socioeconômica ou cultural, que o torna vulnerável.

Assim, “[...] o indivíduo é “vulnerável” não somente por natureza, mas também como cidadão; o homem é, simplesmente, “vulnerável” em sociedade” (MELKEVIK, 2017, p. 642). Portanto, a vulnerabilidade do sujeito vai além da sua natureza de ser humano, mas também enquanto pessoa em sociedade.

O indivíduo já nasce com uma vulnerabilidade inicial e absoluta (MELKEVIK, 2017, p. 652), mas o meio em que ele for acolhido ditará se essa vulnerabilidade se desenvolverá em maior ou menor grau.

Há, também, a vulnerabilidade ontológica, que é experimentada, necessariamente, por indivíduos em situações social e economicamente diferenciadas. A experiência que sentimos da vulnerabilidade depende, ainda, das redes de proteção que as pessoas terão disponíveis. Logo, a experiência com a vulnerabilidade está diretamente ligada com as relações de poder que existem na sociedade. Além disso, essas relações sociais, muitas vezes não são escolhidas pelos sujeitos envolvidos (RE, 2019, p. 315).

Diante disso, é preciso analisar o termo “vulnerabilidade” sob uma perspectiva das relações de poder dentro da sociedade, que carrega formas sociais e econômicas distribuídas de maneira desigual, acarretando uma exposição do indivíduo à vulnerabilidade, indo além da visão ontológica, que está ligada à questão da exposição a lesões que une todos, tanto pela condição de ser humano, quanto pelas relações sociais (RE, 2019, p. 316).

O ser humano é vulnerável pela sua condição corporal e mortal, mas também pela sua capacidade de pensar, sentir e se relacionar. A vulnerabilidade não é apenas em relação à condição biológica do indivíduo, mas também está ligada à dimensão relacional, de modo que as relações com os outros podem causar danos, gerando a chamada vulnerabilidade social (FEITO, 2007, p. 10).

Re (2019, p.316- 318 apud KITTAY, 1999; FINEMAN, 2008) ainda ressalta acerca da necessidade de garantia da justiça social em relação aos indivíduos vulneráveis, existindo o Estado para responder as necessidades da vulnerabilidade dos seus cidadãos, já que as

vulnerabilidades são características permanentes de toda sociedade humana. Logo, os termos cuidado, vulnerabilidade e justiça social estão diretamente ligados, já que as instituições devem organizar suas ações pautadas nos destinatários de cuidado e de implementação de políticas.

A vulnerabilidade, portanto, é uma condição inerente a todos os seres humanos, em razão do risco de lesões que todos estão expostos, como também é vista pela perspectiva das relações de poder dentro do Estado. As condições sócio-políticas do indivíduo, tais como, o ambiente familiar, as condições econômicas, o acesso à educação, saúde e trabalho, as relações sociais, bem como a atuação estatal e da sociedade diante daquele indivíduo, expõem este a riscos maiores dentro do meio social, tornando-o mais vulnerável que a simples condição da existência humana.

Melkevik (2017, p.672) enfatiza, dentro da proteção do sujeito vulnerável, a importância do sistema internacional de direitos humanos, que englobam diretamente determinadas vulnerabilidades:

[...] o sistema internacional dos direitos humanos foi necessário, e ainda é, para proteger o indivíduo: pois se nós lembrarmos dos diferentes “direitos” em questão, somos forçados a constatar que se trata, em geral, de proteção que toca diretamente na questão da vulnerabilidade do indivíduo. Alguns exemplos podem ilustrar no que se refere às minorias, que são muitas vezes objetos dos massacres, deportação, desapropriação, discriminação, exclusão, ostracismo, intolerância, xenofobia, racismo, antissemitismo, ignorância, e assim por diante. Nós constatamos que a vulnerabilidade minoritária nestas situações mudou pela proteção dos direitos humanos.

Vieira (2007, p. 28) desenvolve um estudo argumentando que a exclusão social e econômica em níveis altos e duradouros de desigualdade “[...] destrói a imparcialidade da lei, causando a invisibilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições”, além de causar um enfraquecimento da integridade do Estado de Direito.

No âmbito do Estado brasileiro, apesar da existência de um sistema jurídico moderno e de um judiciário independente, que se encontra em conformidade com os valores do Estado de Direito, há uma dificuldade em relação à adequação a esse Estado de Direito, principalmente no que diz respeito à aplicação de lei, sendo a desigualdade um fator que possa explicar isso (VIEIRA, 2007, p. 33).

Há, assim, um sistema jurídico que sofre “uma séria incongruência entre as leis editadas e o comportamento dos indivíduos e dos agentes públicos” (VIEIRA, 2007, p. 41), de modo que o autor conclui que “Brasil, como um dos mais desiguais países do continente,

pode ser caracterizado como um sistema de não-Estado de Direito em lugar de um sistema onde haja o domínio da lei” (VIEIRA, 2007, p.42).

Existindo, portanto, uma invisibilidade dos indivíduos vulneráveis socialmente, que é quando o sofrimento de determinados grupos sociais não causa reações morais ou políticas do grupos privilegiados, além de não causar uma ação adequado dos agentes do Estado. A violação da dignidade humana de seres humanos vulneráveis economicamente e a perda de vidas humanas se tornam invisíveis para a sociedade e para o Estado, vez que não há uma eficiência nas reações políticas e jurídicas para mudança desse quadro social (VIEIRA, 2007, p. 43)

O Estado deve, então, atuar de modo a atender as necessidades dos grupos vulneráveis existentes na sociedade, para garantia da igualdade substancial - base de um Estado Constitucional, Democrático e de Direito -, efetivando os direitos fundamentais com a implementação de políticas públicas de cuidado e de justiça social, para, assim, materializar dos ideais da dignidade humana e igualdade substancial.

3.2 VULNERABILIDADE PRÉVIA DAS PESSOAS PRESAS

É importante analisar o perfil da pessoa presa no Brasil, observando quem é o sujeito majoritariamente punido no âmbito penal e encarcerado pelas instituições estatais, de modo a verificar qual a composição dos estabelecimentos penais brasileiros. Assim, será possível averiguar acerca da vulnerabilidade dessas pessoas privadas de liberdade, apurando se de fato já eram sujeitos vulneráveis antes de adentrarem no cárcere brasileiro.

Em uma perspectiva histórica brasileira, as concepções da execução penal giram em todo do escravismo, considerando o cenário histórico brasileiro marcado por um grande período de contexto escravista, o que ditou os tipos de penas, bem como suas formas de cumprimento.

Flauzina (2006, p. 33), ao tratar do processo de contradições na América Latina em relação ao seu povo e a colonização, discorre que o Brasil se encontra em evidência nesse ponto, vez que a colonização portuguesa no país foi responsável pela exterminação massiva da população indígena e pelo tráfico e escravização dos povos africanos, de modo que o sistema de justiça penal brasileiro está diretamente vinculado ao racismo desde a sua implementação.

Em uma análise histórica e cultural, é observado que desde a implementação do sistema de justiça penal brasileiro e da implementação das prisões, o Brasil tem um público determinado para impor as suas punições e mazelas do cárcere, que serviu historicamente para

conter as pessoas tidas como indesejáveis à sociedade, exemplo evidente disso é a punição penal para a prática de vadiagem.

Partindo para uma perspectiva da pessoa encarcerada, vê-se que o indivíduo preso é um sujeito vulnerável antes de adentrar na prisão, considerando que o sistema carcerário brasileiro é composto de forma majoritária por presos negros, marginalizados, pobres e sem acesso direitos fundamentais individuais e sociais.

Dentro desse encadeamento, Andrade e Ferreira (2014, p. 25) abrem um questionamento sobre quem são os encarcerados no sistema prisional senão os sujeitos vítimas da exclusão pela sociedade, de tal modo que os autores argumentam que a prisão já foi criada para pessoas pobres e marginalizadas, com base na fenomenologia dos desafiliados. Assim explicam os autores:

[...] questiona-se: quem são os sujeitos que estão encarcerados aos bocados nos presídios senão os filhos da exclusão social? A prisão foi pensada e construída pela elite para pobres e não para ricos, uma vez que nossa cultura barroca de fachada, com base na conquista, exclui índios, camponeses no campo e, na cidade, migrantes, favelados, encortiçados, sem teto, em uma fenomenologia bastante conhecida, a fenomenologia dos desafiliados.

A prática massiva de encarceramento de pessoas mais vulneráveis socialmente ressalta “[...] um outro objetivo pretendido pela sociedade, de uma forma geral, através da pena privativa de liberdade, que é a chamada justiça seletiva (seletividade), a qual segrega da comunidade esses indivíduos não adaptados à competição que ela própria impõe¹⁹” (MACHADO, 2013, p. 9).

Dentro dessa noção de seletividade penal, isto é, da seleção que o âmbito penal faz em relação ao sujeito que estará submetido a uma punição penal, especialmente uma pena privativa de liberdade, Machado (2013, p. 10, apud BATISTA; ZAFFARONI, 2010, p.79) argumenta que:

Já sobre a seletividade penal, argumenta Nilo Batista e Zaffaroni que ela é fundada em preconceitos, mitos e bodes expiatórios, sendo que a realidade do exercício do poder punitivo “recai sempre sobre pessoas selecionadas segundo certos estereótipos historicamente condicionados, conforme sua dinâmica substancialmente discriminatória”. Continuam os autores discorrendo que o poder punitivo se vale dos tipos penais justamente para realizar a seletividade, segundo as características estereotipadas (vulnerabilidade) da pessoa criminalizada. Dessa forma, quanto maior for o número de tipos penais de um ordenamento jurídico (inchaço legislativo criminal), maior será o espectro populacional exposto aos riscos da seletividade (criminalização secundária).

Há vários casos levados ao Judiciário brasileiro, inclusive às Cortes Superiores, de furtos insignificantes, como de comidas, o que só enfatiza a presença marcante do encarceramento de pessoas marginalizadas. Em 2021, uma mulher ficou presa por 48 horas

em razão de um de furto de queijo no valor de R\$14,00 (quatorze reais), sendo o caso levado ao Supremo Tribunal Federal, que precisou reforçar o princípio da insignificância¹¹.

Em uma observação do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado em 2017¹², que no período contava com 726.354 pessoas privadas de liberdade, é visto que a maior parte dos presos são jovens (59% tinham até 29 anos), 46,2% das pessoas em privação de liberdade são pardas e 17,3% pretas, com 51,3% pessoas que possuem o ensino fundamental incompleto, 14,9% com ensino médio incompleto, 13,1% com ensino fundamental completo e apenas 0,5% com ensino superior completo.

Valendo ressaltar que 40,96% das pessoas estão presas por crimes contra o patrimônio e 29,91% por crimes relacionados à drogas (DEPEN, 2020), o que reforça o argumento da vulnerabilidade prévia sócio-política desse grupo de pessoas.

Segundo dados atualizados até junho de 2022 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), das 873.443 pessoas que compõem a população carcerária brasileira, 109.446 são pretas, 343.442 são pardas, 199.944 são brancas e 170.265 não foram informados, sendo que 303.410 pessoas estão presas por crimes contra o patrimônio e 215.466 por crimes relacionados à lei de drogas¹³.

Dentro desse contexto, nota-se a caracterização de uma seletividade penal, especialmente em razão dos tipos penais e dos autores do fato, que são indivíduos mais vulneráveis - em razão da ineficiência do Estado em desenvolver políticas públicas sociais -, sem muita escolha, às vezes sendo impulsionados a delinquir (SILVA, 2014, p. 54).

Há, assim, a criação de *modus operandi* do sistema criminal brasileiro, que direciona o seu poder punitivo e repressivo a um determinado grupo, o que leva a consequente impunidade de pessoas com poder, bem como a segregação dos setores pobres e marginalizados pela sociedade (LOURENÇO; VITENA; SILVA, 2022, p. 221).

Diante da análise dos dados expostos, observa-se que o sistema de justiça penal possui preferência de repressão por determinados grupos que já se encontram em uma situação de vulnerabilidade sócio-política, com uma marginalização social, de tal modo que:

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro tranca inquérito policial aberto após furto de queijo**. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460485&ori=1>. Acesso em: 22 dez. 2022.

¹² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização**. 2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

¹³ BRASIL. DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 05 jan 2023.

[...] torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Zaffaroni (2001) argumenta, também, acerca da relação intrínseca entre vulnerabilidade e o sistema penal, destacando a situação econômica e social de grupos vulneráveis e a decadência do sistema penal latino-americano. Em 1991, o autor já previa um estado de crise da América Latina devido ao impacto da revolução tecnocientífica, que causaria um grande aumento da pobreza e, conseqüentemente, agravaria a situação do sistema penal latino-americano. A relação entre pobreza e aumento do percentual de encarcerados já era pontuada pelo autor, na medida em foi elencado que o cenário composto por jovens deteriorados por situações de carência alimentar, sanitária e educacional, bem como o cenário de marginalização urbana, levariam o sistema penal a aumentar a repressão por meio do aumento de presos sem condenação.

A diminuição de destinação de recursos para o âmbito dos serviços sociais da sociedade leva a um aumento da situação de marginalização, com uma conseqüente situação de agravamento da vulnerabilidade social. Na medida em que esse ambiente vulnerável é agravado - e por vezes criado - pelo próprio Estado, o grupo de pessoas mais exposto ao sistema de justiça penal em razão da sua vulnerabilidade social e política, finda sendo abarcado por aquele, de modo que a taxa de encarceramento cresce significadamente, assim como os dados acerca dos crimes mais cometidos demonstram a seletividade penal para grupos vulneráveis.

Ainda sobre a relação entre vulnerabilidade e o sistema penal, Zaffaroni (2001, p. 268) enfatiza que:

Creemos que está mais ou menos claro que uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder.
É o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferentes.

Andrade e Ferreira (2014, p. 28) destacam o tratamento dado pela sociedade a esse grupo marginalizado anteriormente às prisões e que estas só reforçam o estigma social desse grupo de pessoas vulneráveis, declarando os autores que:

Esses seres humanos são vistos pela sociedade como sub-humanos, porque em geral eles já eram alvo de preconceito de classe, de cor e, quando comete um crime a justiça os define como criminosos recebendo, portanto, o último selo, o último estigma do criminoso, aquele que se associa aos demais.

Vê-se que os detentos já estavam submetidos a uma vulnerabilidade sócio-política antes de adentrarem no cárcere, pelas condições impostas em razão das relações de Poder, sendo que o meio que o acolheu agravou a sua vulnerabilidade inicial (decorrente da condição inata do ser humano). Tanto o Estado quanto a sociedade contribuíram para essa vulnerabilidade sócio-política que a maior parte dos presos já possuíam antes de adentrar nos estabelecimentos prisionais, vez que foi verificado que a população prisional é composta majoritariamente por pessoas integrantes de um grupo marginalizado.

3.3 DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS PRESAS

O Estado tem o dever de proteger a vulnerabilidade do cidadão, considerando as normas constitucionais, nacionais e internacionais que dispõem sobre a dignidade humana, direitos fundamentais e direitos humanos. Em razão disso, o Estado além de proteger os indivíduos vulneráveis, deve fornecer condições sócio-políticas para reduzir o grau de vulnerabilidade.

Nesse sentido, Silva (2014, p. 54) dispõe sobre a situação de vulnerabilidade da pessoa, sustentando que “[...] a situação de vulnerabilidade do cidadão interfere na dignidade da pessoa humana, tendo o Estado o dever de mitigar a danosidade da violação através de ações afirmativas voltadas à proteção dos seus cidadãos que se encontrem nesta condição”.

Ferrajoli (2014, p. 58), enquanto defensor do garantismo, ressalta que há um paradoxo entre a norma e sua efetividade, de modo não há um compromisso com a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, sendo necessário que os direitos sejam levados a sério na sua implementação. Não basta, portanto, a norma positivada, sendo necessário que o Estado atue positivamente de modo a garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Nessa linha, Feito (2007, p. 12) discorre sobre uma abordagem das capacidades reconhecidas como direitos humanos, na qual não basta a mera existência de um direito, é necessária a realização das garantias para as capacidades, de modo a torná-las mais eficazes, de fato. Ademais, não se limita a alguns direitos essenciais mínimos, engloba, também, direitos econômicos, sociais e culturais, além da necessidade de mudar o enfoque de proteção de direitos para uma prestação de garantias, de maneira que seja assegurada a qualidade de vida dos indivíduos.

No âmbito das normativas para o sujeito encarcerado, o Brasil dispõe de normas constitucionais e infraconstitucionais que asseguram diversos direitos ao preso, bem como trata de deveres do Estado em relação aos detentos. Além disso, o país ainda ratificou tratados e convenções de direitos humanos específicos da temática prisional.

O preso é um sujeito detentor de direitos fundamentais, tanto os gerais constitucionalmente garantidos a todas as pessoas – que vale ressaltar não são perdidos quando adentram nas prisões -, quanto de direitos específicos enquanto estiverem submetidos ao cumprimento da pena privativa de liberdade¹⁴, sendo, inclusive, ressaltado na Lei de Execução Penal (LEP), em seu artigo 3º¹⁵, que o condenado e o internado terão todos os seus direitos assegurados – excluindo-se os direitos atingidos pela sentença ou pela lei -, sem distinção de natureza racial, social, religioso ou política.

A prisão, portanto, não deve retirar a garantia da dignidade humana, que é inerente a todo ser humano, nem a obrigação da efetivação dos preceitos fundamentais, permanecendo o dever do Estado de materializar tais preceitos constitucionais aos detentos e de promover condições para uma vida digna.

A Constituição Federal brasileira destaca, entre os seus preceitos fundamentais, que não haverá penas cruéis e que o preso deve ter sua integridade física e moral resguardadas. Entende-se, assim, que o Estado deve assegurar tais mandamentos constitucionais, zelando para que o ambiente prisional não seja cruel, além de promover uma vida digna as pessoas que forem submetidas aos estabelecimentos prisionais.

Ainda em âmbito constitucional, destaca-se o direito à indenização em caso de condenação por erro judiciário, assim como pela permanência na prisão por tempo superior ao determinado na sentença penal condenatória¹⁶. Em relação aos direitos fundamentais aplicados a todas as pessoas, ressaltam-se o direito à saúde, educação e trabalho, que são

¹⁴ Destacam-se:

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

[...]

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

[...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

¹⁵ Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

¹⁶ [...]LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

essenciais dentro dos estabelecimentos penais, inclusive são desenvolvidos em pontos exclusivos na Lei de Execução Penal.

No âmbito da legislação infraconstitucional, a LEP, criada para regulamentar o processo de execução penal, assim como para dispor acerca dos direitos da pessoa condenada e dos deveres das instituições estatais. O artigo 11 da LEP assegura que o Estado deve conceder ao preso assistência material, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Em relação aos direitos do preso, destacam-se os seguintes:

- Art. 41 - Constituem direitos do preso:
- I - alimentação suficiente e vestuário;
 - II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
 - III - Previdência Social;
 - IV - constituição de pecúlio;
 - V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 - VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 - IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 - X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 - XI - chamamento nominal;
 - XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 - XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 - XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 - XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
 - XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.¹⁷

Além das garantias nacionais que as pessoas submetidas ao sistema prisional possuem, ainda há a existência de tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil que versam sobre direitos das pessoas presas e deveres dos países. Destacam-se a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, o Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras) e as Regras de Mandela (Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos).

Destacando-se a Convenção e o Protocolo Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, o Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros

¹⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal.**

Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que tratam de uma ação preventiva, de maneira a evitar que a tortura e esses tratamentos ocorram¹⁸.

Tem-se, ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que também trata da dignidade humana da pessoa presa, dispondo que:

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.
2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.
b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.
3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

Além das normativas nacionais e internacionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), analisando o sistema prisional brasileiro, reforçou os deveres do Brasil em relação aos presos:

[...] o Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e de se abster, sob qualquer circunstância, de atuar de maneira que violem estes direitos. Neste sentido, as obrigações que o Estado deve inevitavelmente assumir em sua posição de garante incluem a adoção das medidas que possam favorecer a manutenção de um clima de respeito dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade entre si, evitar a presença de armas dentro dos estabelecimentos em poder dos internos, reduzir a superlotação, procurar as condições de detenção mínimas compatíveis com sua dignidade, e prover pessoal capacitado e em número suficiente para assegurar o adequado e efetivo controle, custódia e vigilância do centro penitenciário. 11 Além disso, dadas as características dos centros de detenção, o Estado deve proteger os presos da violência que, na ausência de controle estatal, possa ocorrer entre os privados de liberdade (Corte IDH, 2014, p.7).

O Estado tem diversos deveres previstos em regramentos constitucionais, infraconstitucionais e internacionais em relação ao indivíduo submetido ao ambiente prisional, devendo pautar sua atuação na dignidade humana, buscando efetivar as normativas

¹⁸ [...] Recordando que os Artigos 2 e 16 da Convenção obrigam cada Estado-Parte a tomar medidas efetivas para prevenir atos de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em qualquer território sob a sua jurisdição [...] Reconhecendo que os Estados têm a responsabilidade primária pela implementação destes Artigos, que reforçam a proteção das pessoas privadas de liberdade, que o respeito completo por seus direitos humanos é responsabilidade comum compartilhada entre todos e que órgãos de implementação internacional complementam e reforçam medidas nacionais [...] Recordando que a efetiva prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes requer educação e uma combinação de medidas legislativas, administrativas, judiciais e outras, [...] Recordando também que a Conferência Mundial de Direitos Humanos declarou firmemente que os esforços para erradicar a tortura deveriam primeira e principalmente concentrar-se na prevenção e convocou a adoção de um protocolo opcional à Convenção, designado para estabelecer um sistema preventivo de visitas regulares a centros de detenção, [...] Convencidos de que a proteção de pessoas privadas de liberdade contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis desumanos ou degradantes pode ser reforçada por meios não-judiciais de natureza preventiva, baseados em visitas regulares a centros de detenção [...]

as quais está submetido. As instituições estatais devem ter ações específicas para o sistema prisional e para a pessoa presa, de modo que haja uma concordância entre o que está previsto nas normas e a realidade carcerária, assim como é necessário que o país se comprometa com os pactos internacionais que foram ratificados, devendo atuar para materializar as normas internacionais que está obrigado a efetivar.

3.4 VULNERABILIDADE INTENSIFICADA PELO ESTADO DENTRO DAS PRISÕES: ANÁLISE DE CASOS ACERCA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Para analisar a vulnerabilidade da pessoa privada de liberdade, é preciso primeiramente debater acerca da prisão e do seu processo constitutivo, de modo que a história das prisões reflète diretamente na situação atual de crise e de precariedades. A compreensão da pena de prisão nos parâmetros em que ela se apresenta hodiernamente implica uma análise de um processo cultural, não de um desenvolvimento dogmático que poderia ser visto de forma precisa (VALOIS, 2020, p.31).

Em relação à prisão, Albuquerque Neto (2015) discorre que o encarceramento sempre esteve presente em toda a história do Direito Penal e da Execução Penal. Entretanto, o autor ressalta que até a Idade Média, a prisão servia apenas para custodiar os criminosos, para que estes aguardassem o julgamento ou execução. Nas palavras de Bitencourt (2011, p. 28), a prisão servia como uma “antessala de suplícios”.

Assim, como o encarceramento era um meio e não o fim da punição, não havia preocupação com os locais destinados ao aprisionamento ou com a saúde do prisioneiro, sendo frequentemente utilizada tortura nesses estabelecimentos (PRADO, 2012).

Com a Idade Moderna, surge o interesse em ter os presos trabalhando gratuitamente, o que levou a pena capital a ser substituída pela pena privativa de liberdade. Desse modo, a prisão passou a ser o fim da sanção, deixando de servir como custódia. Essa substituição da prisão-custódia pela prisão-pena foi motivada pelo capitalismo (MARTINS, 2014). Com isso, a prisão vai deixando de ser uma cena pública:

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício (FOUCAULT, 2014, p. 14).

Com a Modernidade, a pena deixa de ser um espetáculo, os suplícios desaparecem, passando-se a utilizar a prisão como pena, bem como o domínio sobre o corpo do indivíduo vai sendo extinguido (FOUCAULT, p. 15, 2014). O sofrimento físico e a dor corporal deixam de ser elementos constitutivos da pena, passando o castigo a ser uma suspensão de direitos. Assim, “Os rituais modernos da execução capital dão testemunho desse duplo processo - supressão do espetáculo, anulação da dor” (FOUCAULT, p. 16-17, 2014).

Almeida (2019, p. 44) enfatiza que o castigo passou a ser velado por práticas desumanas quando a punição passa a ter posição central nos Estados Modernos. Embora a positivação dos direitos fundamentais nas constituições tenha trazido mais proteção para os direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade, isso não rompeu com a crueldade do poder punitivo.

Valois (2020, p. 93) destaca a respeito da denominação do termo “prisão”, ressaltando que “a prisão ganhou o nome pomposo de pena privativa de liberdade, como se fosse só a liberdade de que se estivesse privando daquele condenado. Pior, como se fosse só daquele condenado que se estivesse privando algo”.

No âmbito latino-americano, as penitenciárias foram construídas de forma prematura, enfrentando diversos problemas financeiros e administrativos tanto na implementação quanto na manutenção das prisões. Desde a implementação, foram severamente criticadas por não cumprirem suas promessas de higiene e de tratamento humanitário, bem como por não cumprirem as funções da pena de prisão de ressocialização dos detentos e de combate a prática de delitos. Com essa falta de recursos desde o início, a superlotação e a mistura dos presos de diversas idades e graus de periculosidade, o ideal reformista da pena privativa de liberdade já começou a ter problemas e a ser criticado (AGUIRRE, 2009, p.42-43).

No âmbito da pena no processo histórico brasileiro, Almeida (2019, p. 44) discorre que:

[...] o emprego sistemático do castigo e da atrocidade foi peça essencial da engrenagem repressiva desde muito tempo. A execução da pena no Brasil está estabelecida por estruturas que estão no alicerce da própria prática carcerária. São reflexos do autoritarismo, da violência, da repressão, da burocracia, do clientelismo, da violação de direitos fundamentais, da seletividade e sobretudo da desigualdade social

A situação hodierna do sistema prisional brasileiro é marcada por uma taxa crescente de encarceramento, estando o Brasil, em 16 de janeiro de 2023, com 855.663 pessoas privadas de liberdade e 347.118 mandados de prisão aguardando cumprimento, conforme os dados Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) do Conselho Nacional de Justiça

(CNJ)¹⁹. Por outro lado, os dados atualizados até junho de 2022 do Departamento Penitenciário Nacional, mostram que a população carcerária do Brasil é de 837.443 pessoas, sendo que em estabelecimentos penais estão 661.915 pessoas, ao passo que existem apenas 469.076 vagas, resultando em um déficit de 192.839 vagas²⁰.

A última análise do *World Prison Brief*²¹ (base de dados sobre as prisões do mundo), publicada em dezembro de 2021, classificou o Brasil como o terceiro país com maior população carcerária do mundo, com tendência de crescimento da população prisional, estando os Estados Unidos e a China em primeiro e segundo lugar na lista, respectivamente.

Diante disso, o sistema carcerário brasileiro é composto por uma superpopulação em situação crítica, com diversos problemas, tais como, falha de assistência judiciária aos presos, precariedade de saúde, alimentação, educação, higiene e trabalho, escassez de recursos financeiros e administrativos, infraestrutura precária, rebeliões, abusos, violência e mortes. A superlotação agrava severamente todas essas situações, tendo em vista que quanto mais a taxa de encarceramento cresce, mais precariedade e escassez de recursos financeiros e administrativos.

Wacquant (2001, p. 7), quando aborda a situação brasileira, ressalta que as prisões brasileiras são mais parecidas com “campos de concentração para pobres” ou “empresas públicas de depósito industrial de dejetos sociais” do que com instituições com fins de reinserção, dissuasão e neutralização. O autor ainda enfatiza a violência rotineira praticada pelas autoridades, citando, para tanto, a tortura institucionalizada e a matança em rebeliões, a violência entre os presos, como estupros, maus-tratos, assassinatos, dentre outras coisas.

Diante do cenário das prisões brasileiras, Oppitz (2018, p. 12) frisa que:

O quadro de total falência do sistema prisional brasileiro afeta praticamente todos os estados da Federação e constitui antiga mazela nacional, que é de conhecimento de todos os cidadãos. É sabido, portanto, que as prisões brasileiras sofrem com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de artigos de higiene básica. Aos presos faltam assistência judiciária adequada, acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

¹⁹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas BNMP Nacional**. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 16 jan. 2023.

²⁰BRASIL. DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2Ex3liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 05 jan 2023.

²¹WORLD PRISON BRIEF. **World Prison Population List**. 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

Andrade e Ferreira (2014, p. 27) sinalizam que os estabelecimentos penais brasileiros são “Amontoados de pessoas sem direitos; o indivíduo encarcerado no Brasil virou uma espécie de não-cidadão, não tendo preservados direitos fundamentais garantidos [...]”.

Percebe-se que os autores, ao estudarem e debaterem a temática do sistema prisional brasileiro e da pessoa presa no país, concluem que é uma situação de completa desumanidade e precariedade, com submissão a uma situação de crueldade e de invisibilidade social e estatal, na qual é verificada também uma demonização do grupo de pessoas submetido ao cárcere, o que aumenta e reforça a exclusão e omissão de políticas voltadas para os estabelecimentos penais e para o indivíduo preso.

Em uma observação dos dados dos estabelecimentos penais brasileiros, foi constatada, também, uma acentuação das vulnerabilidades de determinados grupos sociais, como pessoas LGBTQIAP+, pessoas com deficiência, indígenas e idosos. No relatório de junho de 2022 do DEPEN²², apenas 63 instituições prisionais afirmaram que possuem ala exclusiva para idosos, sendo uma porcentagem de 4%, 156 informaram que possuem celas exclusivas, o que representa 10% dos estabelecimentos brasileiros, já 83% afirmaram que não possuem locais exclusivos para pessoas idosas. Em relação aos indígenas, apenas 1% dos estabelecimentos afirmaram possuir alas exclusivas, 3% possuem celas exclusivas e 96% não possuem locais destinados apenas para esse grupo. Sobre a destinação de alas exclusivas para pessoas com deficiência, apenas 11% dos espaços informaram que estão módulos/alas/celas adaptados em conformidade com a Norma Brasileira ABNT n. 9050, de 2004, outros 16% declararam que estão parcialmente adaptados, não observando todos os requisitos da norma, sendo 73% dos estabelecimentos penais sem acessibilidade e adaptação para esse grupo. Sobre as alas e celas específicas para o grupo LGBTQIAP+, apenas 4% das instituições possuem ala exclusiva e 12% possuem celas exclusivas, sendo que 84% não possuem locais exclusivos para essas pessoas. Esses dados reforçam o agravamento das vulnerabilidades dentro do sistema prisional brasileiro, no qual o Estado não se preocupa em destinar locais específicos para grupos vulnerabilizados.

O documentário “Sem Pena”²³, produzido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e pela Heco Produções, ressalta a crítica da legitimidade da pena no sistema de justiça brasileiro e as diversas violações de direitos da pessoa condenada à uma pena de prisão no

²² BRASIL. DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 05 jan 2023.

²³ SEM Pena. Brasil: Heco Produções, 2014. (87 min.), P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b6RDgB8GVW8>. Acesso em: 20 dez. 2022.

Brasil. É pontuado o encarceramento massivo de grupos vulneráveis, a precariedade dos agentes da segurança pública, a falha no reconhecimento de pessoas, a busca pela punição a qualquer custo, ferindo o princípio da presunção de inocência e as garantias constitucionais, penais e processuais que circundam o crime e a pena.

Há uma ausência de rostos no documentário, representando o esquecimento desse grupo vulnerável, com apenas as vozes do cárcere denunciando as mazelas do sistema de justiça. São ressaltadas as falhas do sistema de justiça criminal, com os processos longos, cercados por erros, visando apenas a punição em detrimento da liberdade e da verdade, como bem é pontuando pelo primeiro detento “eles precisam culpar alguém”.

É interessante a fala do ex-policial militar preso, que percebeu falhas na punição dentro da prisão, bem como a necessidade de cumprir as estatísticas da segurança pública, um anseio por dados de punição, independentemente dos fatores que levaram ao aprisionamento e do bem violado – se foi um shampoo ou um banco – o importante é punir e aprisionar, embora o sistema traga medidas menos gravosas.

Há uma crítica ao ideal de ressocialização, sendo pontuado por uma presa que a prisão é uma “faculdade”, que ela sairá “formada no crime”, sendo destacado mais à frente que a prisão vai “profissionalizar o crime”. O ideal ressocializador é contraditório à realidade do sistema prisional brasileiro, marcado por violações de direitos humanos e fundamentais, além de ser contrário à própria recepção da sociedade aos egressos das prisões, que são rejeitados, levando-os à reincidência, como é ressaltado por um detento “A reincidência do crime ocorre pelo preconceito da sociedade”²⁴.

A pena não deve ser analisada apenas do ponto de vista jurídico, sendo necessária uma análise sociológica, com uma averiguação dos fatores sociais, de modo que é notável que o Estado falha em todo o percurso do crime, sendo ausente em suas funções sociais anteriormente ao crime, errando na atuação após o cometimento do delito, bem como no pós-crime, na punição e na execução da pena. Percebe-se, assim, a crise da pena de prisão, eivada pela ausência do Estado em cumprir e assegurar as garantias constitucionais, penais e processuais. A pena possui diversos vícios que perpassam todo o contexto do processo e da execução penal.

Desse modo, o cenário das prisões brasileiras é marcado por violações dos direitos dos presos, com um tratamento desumano e cruel, estando a pessoa encarcerada submetida a uma pena muito mais gravosa do que a que lhe foi imposta na sentença condenatória penal. Esse contexto do sistema prisional brasileiro, no qual há uma proteção ineficiente do Estado,

²⁴ SEM Pena. Brasil: Heco Produções, 2014. (87 min.), P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b6RDgB8GVW8>. Acesso em: 20 dez. 2022.

intensifica a vulnerabilidade sócio-política das pessoas presas que, como se viu, já possuíam uma vulnerabilidade anterior à prisão - também em decorrência da ausência de atuação Estatal e do meio social.

Nesse sentido, Feito (2007, p. 11) coloca que a vulnerabilidade é uma exposição a circunstâncias e tensões, bem como a dificuldade de enfrentá-las. A vulnerabilidade social pressupõe a vulnerabilidade antropológica, mas as circunstâncias ambientais e sociais amplificam a vulnerabilidade, de modo que torna complexa a atribuição dos danos a uma única causa. Há espaços de vulnerabilidade que são centros de ameaças potenciais, nos quais os fatores intrínsecos e extrínsecos, bem como a fragilidade humana, geram uma suscetibilidade a danos, que decorrem principalmente dos fatores ambientais e sociais.

As circunstâncias ambientais e sociais intensificam a vulnerabilidade, de modo que as pessoas ficam mais suscetíveis a ocorrência de danos. No cenário das prisões brasileiras, o Estado criou um ambiente no qual a vulnerabilidade sócio-política é agravada, considerando a superpopulação prisional e todos os problemas que resultaram em uma crise estrutural e institucional do sistema carcerário.

Há, aqui, uma acentuação da vulnerabilidade das pessoas presas pelo próprio Estado, em razão da sua proteção ineficiente a esse grupo de pessoas, que além de não conceder condições para uma redução da vulnerabilidade prévia à prisão, por meio da efetivação dos direitos fundamentais, ainda viola massivamente tais direitos, tornando os presos mais expostos a danos e riscos. O Estado não atua anteriormente à prisão desse grupo vulnerável socialmente e ainda intensifica a vulnerabilidade dentro dos estabelecimentos prisionais, criando um ambiente desumano e de risco.

Portanto, “[...] A iniquidade no acesso às políticas públicas é uma problemática que potencializa as vulnerabilidades que, somada à visão punitivista, ressalta a relação de poder do Estado na dominação dos corpos dos apenados que estão sob a sua responsabilidade” (SOARES FILHO; BUENO, 2016, p. 2000).

A vulnerabilidade é uma condição inata a existência do ser humano, todos nascem vulneráveis de forma absoluta, sendo que o meio social, econômico, político e cultural que o acolherá é que ditará se essa vulnerabilidade será agravada ou reduzida. Viu-se que o sistema prisional brasileiro é composto de forma majoritária por pessoas vulneráveis no sentido sócio-político, porquanto desprovidas de uma proteção eficiente do Estado no sentido de concretizar seus direitos fundamentais, conceder uma vida digna e reduzir a exposição a danos e lesões.

Além da vulnerabilidade sócio-política prévia à prisão, o cenário de crise do sistema carcerário brasileiro agrava significativamente a vulnerabilidade dos presos, considerando as

violações sistemáticas dos direitos fundamentais e da dignidade humana, com uma exposição à situação de danos e riscos dentro das prisões, sem garantia de direitos. Assim, há essas duas dimensões da vulnerabilidade dos presos, que ocorre antes da prisão e dentro dela, em razão da proteção ineficiente do Estado.

Apesar da existência de todo o regramento internacional destacado anteriormente, que dispõe sobre circunstâncias de humanização do ambiente prisional, com penas que respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e os direitos internos de cada país, a realidade das prisões latino-americanas não atentam a tais normativas internacionais, como é o caso do sistema carcerário brasileiro e o colombiano que são abordados na presente pesquisa e foram levados às Cortes Constitucionais, sendo reconhecido uma situação de desarmonia entre os preceitos constitucionais e a realidade prisional, criando um ambiente de inconstitucionalidade.

Ao analisarem o dever do Estado de promoção da dignidade humana e de efetivação dos direitos fundamentais da pessoa presa com a realidade da situação dentro dos estabelecimentos penais brasileiros, Souza e Coelho Neto (2021, p. 145) enfatizam o quanto tais preceitos são violados dentro cárcere e de forma mais gravosa:

Em que pese a garantia da dignidade humana figure como valor central do ordenamento jurídico, com o dever do Estado de respeitá-la e promovê-la, de modo que todos tenham uma vida digna, bem como considerando os direitos fundamentais, o que se vê é a violação desses preceitos fundamentais. Essas violações são particularmente mais gravosas no sistema prisional brasileiro em razão dos presos constituírem um grupo mais vulnerável e esquecido pela sociedade e pelo Estado.

Para ressaltar a inconstitucionalidade do cenário das prisões brasileiras, foram abordados casos que foram levados para apreciação em âmbito nacional e internacional, com decisões administrativas e judiciais que reconheceram as violações e omissões existentes dentro dos estabelecimentos penais brasileiros, de modo que poderá ser constatada a materialização desse Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

As violações da integridade física e moral, da vida digna e da saúde dos presos e, conseqüentemente, de normas internacionais e nacionais de direitos humanos, resultaram em algumas intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas quais foram apresentadas demandas que resultaram em imposição de diversas medidas para o Brasil adotar e agir para alterar esse cenário.

Foram submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos alguns casos envolvendo os estabelecimentos penais brasileiros, quais sejam: Urso Branco (Porto Velho, Rondônia); Complexo do Tatuapé da FEBEM (São Paulo, São Paulo); Penitenciária Dr.

Sebastião Martins Silveira (Araraquara, São Paulo); Unidade de Internação Socioeducativa (Cariacica, Espírito Santo); Complexo Penitenciário de Curado (Recife, Pernambuco); Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís, Maranhão) e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro)²⁵.

Aqui serão tratados dos casos do Complexo Penitenciário do Curado, Instituto Penal Plácido de Sá e Complexo Penitenciário de Pedrinha, sendo mais aprofundado o primeiro caso, por ser considerado o que apresenta uma situação mais severa de violações de direitos e que evidencia melhor a situação de inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro.

O caso do Complexo Penitenciário de Curado tramitou na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que em 2011, foi considerado pelo CNJ como o pior presídio do país²⁶, situação ainda relatada em 2022 pelo Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário quando em visita ao Curado²⁷.

O processo iniciou em 2011 por meio de diversas instituições, como a pastoral carcerária. O estabelecimento era conhecido como Presídio Professor Aníbal Bruno, sendo inaugurado em 1979, estando localizado no bairro do Curado, em Recife, passou a ser chamado de Complexo Penitenciário de Curado em razão de uma divisão decorrente de uma medida da Corte IDH.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos começou a monitorar esse presídio em 2011, constatando também a situação extremamente crítica do local. Na época, o espaço possuía apenas 1900 mil vagas, mas contava com 7 mil presos (CORTE IDH, 2018).

A Corte IDH emitiu resoluções com medidas para o Brasil adotar em todos anos entre 2014 e 2018, de modo a tentar proteger os presos, os funcionários, visitantes e pessoas da vizinhança. Em 2018, a Corte registou 10 casos de violência, sendo a maioria de homicídio, tanto de presos, quanto de funcionários (CORTE IDH, 2018). Foi verificada, também, uma falha do Estado no número de funcionários do local, alguns presos possuindo funções, sendo conhecidos como “chaveiros”, o que é vedado, considerando que a cada 5 presos deveria ter um agente do Estado. Essa ausência de funcionários coloca em risco a integridade dos próprios funcionários e dos outros detentos.

²⁵ Informação disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/20_DPU_Brasil.pdf. Acesso em 10 set. 2022.

²⁶ Informação disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/11/10/presidio-anibal-bruno-no-recife-e-pior-penitenciaria-do-brasil-diz-cnj.htm>. Acesso em 10 set. 2022.

²⁷ Informação disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2022/08/19/conselho-nacional-de-justica-aponta-situacao-degradante-em-presidios-no-recife-e-um-deposito-de-gente-diz-supervisor.ghtml>. Acesso em 10 jan. 2023.

Na última resolução, a Corte verificou os esforços realizados pelo governo brasileiro, mas pontuou que não foram suficientes, porquanto as violações persistiam. A superlotação ultrapassa os 200%, sendo que os critérios internacionais destacam que ultrapassar 120% já é uma superpopulação crítica (CORTE IDH, 2018).

Foram feitos mais de cinquenta questionamentos ao Brasil, sendo determinadas onze medidas. Dentre as medidas, destaca-se a de que o Estado deve reduzir a pena do preso que está no complexo de Curado, considerando que a situação ali é extremamente gravosa e o sofrimento vai muito além da pena imposta na condenação. Sendo assim, a pena deve ser contada em dobro, observando-se algumas particularidades, como o caso de alguns tipos de delitos, que devem ter uma análise diferente, devendo verificar o grau de periculosidade do preso (CORTE IDH, 2018). Assim se manifestou a Corte IDH (2018):

[...] 4. O Estado deve tomar as medidas necessárias para que, em atenção ao disposto na Súmula Vinculante No. 56, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a partir da notificação da presente resolução, não ingressem novos presos no Complexo de Curado, e nem se efetuem traslados dos que estejam ali alojados para outros estabelecimentos penais, por disposição administrativa. Quando, por ordem judicial, se deva trasladar um preso a outro estabelecimento, o disposto a seguir, a respeito do cômputo duplo, valerá para os dias em que tenha permanecido privado de liberdade no Complexo de Curado, em atenção ao disposto nos Considerandos 118 a 133 da presente resolução. 5. O Estado deve adotar as medidas necessárias para que o mesmo cômputo se aplique, conforme o disposto a seguir, para aqueles que tenham deixado o Complexo de Curado, em tudo o que se refere ao cálculo do tempo em que nele tenham permanecido, de acordo com os Considerandos 118 a 133 da presente resolução. 6. O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Complexo de Curado, para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 118 a 133 da presente resolução. [...]

No mês de fevereiro de 2021, observou-se que o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) aplicou essa medida da Corte a um preso do Curado. Após algumas decisões negativas e pareceres negativos, a determinação da Corte IDH foi aplicada e o preso teve sua pena contada em dobro²⁸. Entretanto, este Tribunal reluta em aplicar a resolução da Corte, tendo, inclusive, fixado teses²⁹ para impossibilitar a aplicação da contagem em dobro a condenados por determinados crimes.

²⁸ JUSTIÇA GLOBAL. **Justiça aplica determinação da Corte Interamericana e manda contar em dobro pena de preso no Curado (PE)**. 2021. Elaborado por: GLAUCIA MARINHO. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/justica-de-pernambuco-aplica-determinacao-da-corte-interamericana/>. Acesso em: 20 dez 2022.

²⁹TESE 1: A contagem em dobro do tempo de prisão cumprido no Complexo Penitenciário do Curado, em Recife/PE, estabelecida pela Resolução de 28/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) possui a natureza jurídica de remição sui generis ou, mais precisamente, de “remição por superlotação”. TESE 2: Para evitar a superpopulação carcerária e as suas consequências no Complexo Penitenciário do Curado,

Por meio de uma impetração de Habeas Corpus³⁰, a Corte Constitucional brasileira também foi instigada a se manifestar a respeito da temática. Em junho de 2022, por meio de decisão monocrática, o Ministro Edson Fachin, embasado no Pacto de São José da Costa Rica, nas determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2018, assim como na obrigatoriedade e vinculação do Estado brasileiro em relação às decisões da Corte IDH, determinou que o Juízo de Execução penal, no caso concreto do Habeas Corpus, proferisse nova decisão levando em conta o direito à contagem em dobro da pena.

A Defensoria Pública do Estado de Pernambuco pediu a extensão da referida decisão cautelar a todas as pessoas presas no Complexo Penitenciário do Curado, de modo que todas as pessoas privadas de liberdade naqueles estabelecimentos penais tenham suas penas computadas em dobro, para assim garantir a efetividade da resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, de fato, reduzir a situação de gravidade desse estabelecimento prisional.

Em dezembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal atendeu ao pedido da Defensoria e concedeu a extensão da decisão anterior a todas as pessoas custodiadas no Complexo Prisional do Curado, argumentando a respeito da necessidade de remover os obstáculos que estavam impedindo o cumprimento da decisão da Corte IDH. Reconhecendo, assim, o direito ao cômputo em dobro da pena cumprida em condições degradantes e desumanas naquele estabelecimento penal, pronunciando-se da seguinte forma o Ministro Relator Edson Fachin (2022):

[...] Nota-se, assim, que os requisitos para a concessão da medida liminar persistem, ainda que em bases distintas, e abrangem tanto o paciente quanto todos aqueles aos quais a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco busca estendê-la, haja vista a privação da liberdade e a recalcitrância do Tribunal de Justiça do Estado de

os juízes da execução penal devem observar, em primeiro lugar, a aplicação da Súmula Vinculante nº 56 e as diretrizes fixadas pelo STF na repercussão geral do RE 641.320/RS. TESE 3: Após esgotados os parâmetros fixados no RE 641.320/RS, o benefício da contagem em dobro do tempo de prisão cumprido no Complexo Penitenciário do Curado, em Recife/PE, previsto na Resolução de 28/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), somente se aplica aos detentos que não forem acusados ou condenados em razão dos crimes contra a vida, a integridade física e a dignidade sexual, assim classificados pelo Código Penal, bem como não se adota aos recolhidos em virtude dos crimes hediondos e equiparados previstos na Lei nº 8.072/90. TESE 4: O termo inicial da contagem em dobro do tempo de prisão cumprido no Complexo Penitenciário do Curado, em Recife/PE, prevista na Resolução de 28/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é a data do ingresso do detento no referido estabelecimento prisional, independentemente da data em que o Estado brasileiro foi notificado da deliberação. TESE 5: Na hipótese de superveniente condenação por crime posterior no curso da execução, antes de se proceder à soma determinada no art. 111, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, faz-se necessário efetuar a separação das penas tão somente para fins do cálculo do cômputo em dobro estabelecido pela Resolução de 28/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de evitar a denominada “poupança de tempo de prisão”.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extensão na Medida Cautelar no Habeas Corpus 208.337 Pernambuco. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de Pernambuco. Requerente: TODAS AS PESSOAS EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE QUE ESTÃO OU ESTIVERAM NO COMPLEXO DO CURADO, EM PERNAMBUCO. Relator: MINISTRO EDSON FACHIN. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355434931&ext=.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022.

Pernambuco como liames a unirem todas essas situações concretas. Impõe-se, desse modo, expandir a remoção dos obstáculos ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ante o exposto, com amparo no art. 580 do CPP, defiro o pedido de extensão em favor de todas as pessoas que estejam ou tenham estado custodiadas no Complexo Prisional do Curado para determinar que em 60 (sessenta) dias: (i) seja-lhes concedida a contagem em dobro do período em que estiveram no Complexo do Curado, caso não tenham sido acusadas ou condenadas por crimes contra a vida, contra a integridade física ou sexuais, ainda que se trate de delito hediondo ou equiparado; (ii) no caso das pessoas acusadas ou condenadas por crimes contra a vida, contra a integridade física ou sexuais, também independentemente de tratar-se de infração penal hedionda ou equiparada: a) sejam os presos avaliados por uma equipe criminológica que preencha os requisitos estabelecidos pelo item 7 do dispositivo da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018; b) o Juízo da Execução profira nova decisão a respeito da cômputo do período de cumprimento de pena pelo interno no Complexo Prisional do Curado à luz da avaliação efetuada e da mencionada resolução [...].

Além do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também foi acionado por meio do Habeas Corpus 774763/PE³¹, em setembro de 2022, para se manifestar a respeito da temática, especificamente das teses fixadas pelo TJPE, tendo se manifestado em outubro de 2022 de forma favorável ao cumprimento da resolução da Corte IDH, determinando, no caso concreto, que a pena fosse contada em dobro e que a Tese 3 do TJPE fosse desconsiderada³².

O caso do Complexo Penitenciário de Curado é particularmente mais gravoso, mas ressalte-se que não difere tanto da realidade dos outros estabelecimentos prisionais do Brasil, nos quais também se verificam problemas de superlotação e de violações de direitos, impondo a pena uma dor que excede o que é inerente a toda pena de privação de liberdade, tanto é que como foi relatado, mais casos foram submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em relação ao caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão, trata-se de uma situação de violações que ocorre desde a criação do estabelecimento. O local acumulava crítica de Comissões Parlamentares de Inquérito realizadas na Câmara dos Deputados, dezenas de recomendações de interdição pelo Conselho Nacional de Justiça, tornando-se um símbolo internacional da violência nas prisões e da falência do sistema prisional brasileiro³³.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 774763 – PE. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Relator: MINISTRO RELATOR REYNALDO SOARES DA FONSECA. **Dje/Stj**. Brasília.

³² Trecho da decisão: [...] concedo a liminar pleiteada para determinar que o Juízo de Direito da 1ª Vara Regional de Execução Penal em Meio Fechado e Semiaberto do Recife desconsidere a restrição a crimes equiparados a hediondo posta na Tese 3 do IRDR n. 8770-65.2021.8.17.9000 e promova o imediato processamento e exame do pedido de cômputo de pena em dobro deduzido pelo Paciente desde junho de 2021 [...].

³³ Relatório “Violência Continuada: dois anos da crise em Pedrinha. Disponível em: https://www.conectas.org/wpcontent/uploads/2017/12/2016_Violacao_Continuada_dois_anos_da_crise_em_Pedrinhas.pdf.

A situação se agravou e no final de 2013, ocorrendo uma série de rebeliões que resultou na morte de 60 presos, alguns decapitados, o que levou entidades nacionais a acionarem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo esta aprovado medidas cautelares para obrigar o país, em caráter urgente e imediato, a agir para conter novas violações no local.

Diante de relatórios evidenciando as falhas no cumprimento das determinações da Comissão, o caso foi remetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2014, tendo esta expedido medida provisória para o Brasil adotar imediatamente ações para proteção da vida e integridade das pessoas presas no Complexo de Pedrinhas.

O caso de Pedrinhas foi analisado outras vezes pela Corte IDH, sendo que no último relatório, em 2019, a Corte reconheceu o esforço do Brasil no sentido de melhorar a situação do local, especialmente em relação à questão de superlotação, saúde, salubridade, estudo e trabalho, mas que o estado desses pontos continua preocupante e ainda necessita de mudanças estruturais urgentes. Merecendo destaque dois problemas elencados pela Corte IDH (2019, p.17):

Em especial, a Corte ressalta dois problemas que afetam o sistema carcerário do Brasil. Em primeiro lugar, a Corte destaca que o crescimento da população carcerária dificulta essas mudanças estruturais, favorecendo a violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade. Além disso, esse crescimento torna ineficazes as medidas que possam ser tomadas a respeito do aumento de vagas nos centros penitenciários, que continuam sendo insuficientes ante o alto número de pessoas que neles ingressam. Em segundo lugar, a falta de acesso a serviços de saúde e a salubridade, que provocam risco à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas da liberdade, dos funcionários e dos visitantes do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, bem como a falta de entrega aos internos, com a periodicidade devida, de roupa e kits de higiene pessoal. Essas carências são especialmente relevantes em uma situação de infraestrutura deficiente, superlotação e superpopulação em algumas unidades, como a que já se encontra no Complexo.

A Corte conclui que a alta taxa de encarceramento no Brasil dificulta que as mudanças implementadas pelo Estado tragam efeitos significativos na situação carcerária, vez que a quantidade de presos aumenta e, conseqüentemente, a superpopulação carcerária se agrava ainda mais, aumentando os diversos problemas que circundam os estabelecimentos penais. Então, apesar do tempo entre as primeiras medidas determinadas pela Corte – 2014 – e a última resolução – 2019, a situação não mudou significativamente, permanecendo o quadro de violações de direitos e de existência sem dignidade dos presos.

A situação do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, não difere dos estabelecimentos já mencionados, sendo submetida à Corte IDH em 2016, em razão do Estado não ter atendido recomendações de outros órgãos, como a CIDH, a Defensoria Pública

e o Ministério Público, sendo que a situação de superlotação era de 198%, com presos dormindo amontoados e passando o maior tempo dia dentro das celas, com precariedades de saúde e salubridade, mortes de detentos, reduzido números de agentes de segurança e outras condições.

Considerando que a situação se agravou no Instituto Plácido de Sá, a Corte IDH emitiu nova resolução em 2018, utilizando com fundamento, inclusive, as decisões da Corte Constitucional Colombiana sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional. Sustentando que a pena privativa cumprida naquele local superava em muito a dor e aflição inerente a toda pena ou privação de liberdade, foi determinado que alguns presos fossem liberados, pois seria intolerável admitir um Estado de Direito executando penas degradantes, além de que o Estado deveria providenciar um cômputo de pena diferenciado para as pessoas detidas naquele estabelecimento.

Diante disso, em abril de 2021, a medida da Corte IDH da contagem em dobro da pena foi aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 136961, para um preso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho³⁴, uma vez que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tinha negado o pedido. Em razão do descumprimento da resolução, o STJ reforçou, na decisão, acerca da necessidade de cumprimento das decisões emitidas pela Corte IDH.

Observa-se, assim, que os Tribunais estaduais brasileiros resistem em não aplicar as medidas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ignorando a situação de

³⁴ Trecho da decisão: Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País amplia o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos. As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a consequente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos. A supervisão de cumprimento de sentença ocorre pela própria Corte, a qual pode requerer informações ao Estado-parte, quando consideradas pertinentes. Essa característica deriva do princípio internacional do *pacta sunt servanda*. Isto é, parte-se da premissa que os Estados têm de cumprir suas obrigações e deveres de boa-fé ao assumirem a responsabilidade diante da comunidade internacional. Tal princípio evita que os Estados se eximam das obrigações adimplidas, perante o Direito Internacional, em razão de seu direito interno, o qual deve se coadunar com as resoluções e documentos internacionais dos quais faça parte. A propósito, o artigo 26 da CADH afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação dos direitos humanos. Portanto, a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. [...] No mesmo diapasão, as autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável a indivíduo. Logo, os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos [...]

desumanidade dos estabelecimentos penais e as obrigações do país diante dos órgãos internacionais e dos tratados e convenções de direitos humanos. Isso reforça o quanto o Estado ainda se omite em relação a situação dos presos, em uma obsessão pela privação de liberdade a qualquer custo – ainda que a custo da inexistência indigna de um grupo vulnerável.

Diante da necessidade de observância do cumprimento das decisões e deliberações da Corte IDH pelo Brasil, o CNJ criou, em 2021, a Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro, por meio da resolução número 364, com o intuito de averiguar o cumprimento das determinações da Corte IDH em relação ao Brasil. Dentre as competências dessa unidade especializada, destacam-se: sugerir propostas ao Poder Público, encaminhar decisões para apuração de eventual responsabilidade penal, cível ou criminal e elaborar relatórios anuais acerca das providências adotados pelo Estado para o cumprimento de suas obrigações em decorrência de determinações da Corte.

Em relação aos casos dos estabelecimentos de privações de liberdade submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o CNJ elaborou o primeiro relatório sobre as medidas adotadas em relação ao Brasil, apresentando à Corte IDH em junho de 2021.

Em relação ao caso do Complexo Prisional do Curado, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas elaborou, em agosto de 2022, um despacho após visitas aos três estabelecimentos penais que compõem o complexo, sendo verificado que a situação grave e reiterada desses locais permanece em desconformidade com as medidas provisórias proferidas pela Corte IDH. Foram propostas medidas em caráter urgente ao Tribunal de Justiça de Pernambuco, de maneira a garantir a efetivação das deliberações da CIDH, especialmente a proibição de ingresso de novos presos, mutirão processual, medidas efetivas para redução de 70% da população carcerária do Curado e acompanhamento das providências administrativas e judiciais para solução das condições desumanas do local.

O CNJ constatou, inclusive, em agosto de 2022, que a superlotação dos estabelecimentos prisionais que compõem o Complexo do Curado ultrapassam uma porcentagem de 360%, situação extremamente gravosa, considerando o padrão de 120% crítico dos órgãos internacionais.

Há mais de uma década a Corte Interamericana de Direitos Humanos determina medidas urgentes para o Brasil adotar em relação ao Complexo do Curado, mas a situação permanece crítica, sem ações efetivas do Estado, o que reforça a omissão estatal na temática do sistema prisional, que intensifica ainda mais a vulnerabilidade das pessoas privadas de

liberdade. Em razão do descumprimento das medidas da CIDH e da Corte IDH, bem como das violações massivas a normativas internacionais de direitos humanos e relacionando a decisão colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional, Ferreira e Araújo (2016) propõem o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconvencional no sistema prisional brasileiro.

No âmbito do Estado de Sergipe, uma decisão demonstra a inconstitucionalidade do sistema prisional. Em 2016, a Cadeia Territorial de Nossa Senhora do Socorro, local conhecido como Cadeião, foi interditado após decisão judicial do juiz da Vara de Execuções Penais, Hélio Mesquita, que constatou a situação grave de precariedade do estabelecimento, além de ressaltar que o Estado não adotou medidas efetivas para a solução do problema, enfatizando que³⁵:

No atual estágio de evolução das garantias individuais, o Estado só tem legitimidade para encarcerar nos estritos termos da lei, e não pode submeter o preso a aflição maior do que a privação da sua liberdade. Além de vitimar os presos, os agentes públicos da administração penitenciária penam para gerir o estabelecimento penal superlotado.

Diante da análise dos casos e dados, resta evidente que os presos constituem um grupo vulnerável sujeito à violações mais gravosas dos seus direitos fundamentais e da sua dignidade humana, no qual, além da pena privativa de liberdade imposta na sentença penal, terá a pena da desumanidade com a qual é tratado, com constantes violações e omissões dos seus direitos.

Com efeito, o ambiente prisional se mostra um cenário de vitimizações sistemáticas e rotineiras, que vulnerabiliza o indivíduo preso (ALMEIDA, 2019, p. 44). Além de vulnerabilizar a pessoa privada de liberdade, os estabelecimentos penais ainda agravam a condição do sujeito vulnerável antes da prisão.

Sendo ressaltado, pelo Ministro Edson Fachin, na decisão da ADPF 347 – que será melhor analisada no capítulo seguinte – que:

Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetive - um dia - reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência (BRASIL, 2015, p. 56).

Diante dos casos elencados, assim como da análise dos dados e estudos acerca do sistema prisional brasileiro, vê-se o cenário do Estado de Coisas Inconstitucional materializado nos estabelecimentos penais do país, no qual são constantes as violações e omissões de direitos das pessoas presas, além da inefetividade do princípio basilar da dignidade humana, com a desumanidade e a crueldade maculando todo o contexto prisional

³⁵ Informação disponível em: <https://oabsergipe.org.br/blog/2016/11/23/juiz-determina-interdicao-do-cadeiao/>

brasileiro, bem como uma atuação inefetiva do Estado no sentido de reduzir os problemas que circundam o cárcere e de adotar medidas efetivas para conceder um ambiente digno.

Diante disso, Almeida (2019, p. 49) dispõe que:

A desumanidade das prisões no Brasil pode ser visualizada na seleção e exclusão das pessoas que integram grupos sociais vulneráveis/vulnerabilizados e se concretiza nas constantes violações dos direitos fundamentais da população privada de liberdade. A omissão estatal em dignificar a estrutura prisional apresenta uma normalidade do desumano.

A pena de prisão se encontra em um âmbito de não-direito, no qual há um discurso jurídico de desvalorização dos direitos fundamentais (ALMEIDA, 2019, p. 58). O ambiente carcerário se torna um local de exclusão social e abandono estatal, no qual os presos são tratados como indivíduos não merecedores de atenção do Estado e da sociedade, como se perdessem a titularidade dos seus direitos constitucionalmente garantidos ao adentrarem em um estabelecimento prisional, o que agrava a vulnerabilidade sócio-político e a desigualdade social já existentes.

Assim, é observado que “A desumanidade das prisões é composta por um panorama de violações sistemáticas e cotidianas, cujas vulnerabilizações se comportam de forma mais intensa quando atingem as singularidades de cada grupo social” (ALMEIDA, 2019, p. 59).

Mostra-se, assim, uma conjuntura de desarmonia entre o texto constitucional e a situação carcerária do Brasil. Sendo necessária, portanto, uma atuação efetiva dos Poderes Públicos nesse âmbito, de modo a efetivar os direitos fundamentais e humanos, reduzir vulnerabilidades sociais e políticas, bem como garantir a justiça social e a dignidade humana, com a consequente materialização do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Este capítulo desenvolverá uma abordagem do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, pontuando acerca da sua conceituação e dos seus pressupostos de aplicação. Discorrerá, também, sobre o ECI no cenário latino-americano, destacando as decisões dos países que já utilizaram esse mecanismo jurídico, bem como fará uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, que reconheceu o ECI no cenário do sistema carcerário brasileiro, diante das omissões de vários âmbitos do Poder Público e das violações massivas aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

Serão analisadas as decisões colombianas que reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional. De início, abordará a sentença SU-559/97, considerando que foi a decisão que reconheceu pela primeira vez o ECI, em um contexto de discussão envolvendo direitos dos professores colombianos. Trará, também, a sentença T-153, que trata especificamente do reconhecimento do ECI sistema carcerário colombiano.

Além disso, será feita uma construção do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional, partindo de concepções teóricas, tanto jurídicas quanto filosóficas e sociológicas, assim como elencou os pressupostos para sua aplicação.

No subtópico seguinte, será exposta a ADPF 347, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Para tanto, tratará das construções teóricas desenvolvidas ao longo da decisão, pontuando as percepções da Corte Constitucional brasileira acerca do instituto.

No último ponto, o trabalho argumentará que o transconstitucionalismo é uma medida para tratar os problemas do sistema carcerário, em uma perspectiva do diálogo entre Cortes Constitucionais. Para tanto, utilizará como objetos de análise e de argumentação as decisões colombiana e a brasileira que reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, ressaltando as similaridades do problema que as duas ordens jurídicas enfrentam em relação a crise estrutural e institucional das prisões.

4.1 ANTECEDENTES: O ECI NA COLÔMBIA

O fenômeno jurídico-constitucional denominado “Estado de Coisas Inconstitucional” foi criado e desenvolvido – sua conceituação, seus aspectos, pressupostos e particularidades – no terreno da Jurisdição Constitucional da Colômbia, especificamente na sua Corte Constitucional.

Diante disso, é necessária uma exploração dessa técnica jurídica a partir de um estudo das decisões jurídicas colombianas, notadamente a primeira decisão sobre a temática, que inaugurou esse fenômeno jurídico, assim como as decisões que envolvem a temática central desta pesquisa, que é o sistema prisional, além de passar por outros julgamentos que se mostraram pertinentes para o entendimento e aprimoramento do Estado de Coisas Inconstitucional e suas particularidades.

O caso que trouxe a criação do mecanismo jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional foi decidido na *Sentencia de Unificación* (SU) número 559, de 1997, em uma temática envolvendo direitos sociais dos professores municipais. A situação envolvia um grande número de docentes de diferentes localidades que não estavam filiados ao Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistérios, o que violava seus direitos fundamentais, atentando contra as normativas legais.

No corpo da decisão, o Tribunal Constitucional Colombiano enfatiza acerca da diversão ações que buscavam uma tutela para a situação, de modo que uma decisão unificada se mostrava como medida mais eficiente para concretização dos direitos daquele grupo de pessoas e de outras que estivessem enfrentando problema idêntico. Sendo assim, era necessária uma técnica jurídica que se mostrasse hábil para redução de processos constitucionais envolvendo o tema e que de fato buscasse a integração na atuação dos órgãos envolvidos na questão, para uma atuação harmônica na efetivação de direitos, ressaltando na SU 559/97 que:

Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado (COLÔMBIA, 1997, p. 1).³⁶

³⁶Tradução nossa: Se incitar o cumprimento diligente das obrigações constitucionais que pesam sobre uma determinada autoridade contribui para reduzir o número de causas constitucionais, que de outra forma se apresentariam inexoravelmente, essa ação também se estabelece como meio legítimo pelo qual o Tribunal exerce sua função de guardião da integridade da Constituição e da efetividade dos seus mandamentos. Se o estado de coisas, que como tal não respeita a Constituição Política, possui relação direta com a violação de direitos fundamentais, verificada em um processo de tutela pela Corte Constitucional, a notificação da regularidade existente poderá acompanhar um requerimento específico ou genérico dirigido às autoridades no sentido de realizar uma ação ou de se abster de realizá-la. Nesse caso, deve-se entender que a notificação e o requerimento compõem o repertório de ordens que a Corte pode emitir, em sede de revisão, com o intuito de restabelecer a ordem fundamental quebrada (COLÔMBIA, 1997, p. 1).

Diante disso, a Corte Constitucional da Colômbia (CCC) criou o Estado de Coisas Inconstitucional, argumentando que o Estado tem o dever de colaborar harmonicamente para efetivar seus fins, sustentando o dever da Corte de garantir a integridade constitucional e a efetividade dos seus mandamentos, de modo que a situação do caso concreto estava causando um estado de coisas que atentava contra o texto constitucional, com violação direta aos direitos fundamentais. Declarando no corpo da decisão que:

(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado *estado de cosas* resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.

Ahora bien, si el *estado de cosas* que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el *estado de cosas* no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule (COLÔMBIA, 1997)³⁷

³⁷ Tradução nossa: (1) O Tribunal Constitucional tem o dever de colaborar harmoniosamente com os demais órgãos do Estado para a consecução dos seus fins (C.P. art., 113). Da mesma forma que a notícia da prática de um crime deve ser comunicada à autoridade competente, não pode ter omissão quanto à notificação de que determinado estado de coisas viola a Constituição Política.

(2) O dever de colaboração torna-se imperativo se o recurso administrativo oportuno puder evitar o uso excessivo da tutela. Os recursos disponíveis para a administração da justiça são escassos. Se a insistência no cumprimento diligente das obrigações constitucionais que pesam sobre determinada autoridade contribui para reduzir o número de processos constitucionais, que de outro modo inexoravelmente surgiriam, tal ação também se configura como um meio legítimo pelo qual o Tribunal exerce sua função de guardião da integridade a Constituição e a eficácia de seus mandamentos.

Se a situação que enquanto tal não se coaduna com a Constituição Política, estiver diretamente relacionada com a violação de direitos fundamentais, verificada em processo de tutela pelo Tribunal Constitucional, a notificação da regularidade existente pode ser acompanhada de um exigência específica ou genérica dirigida às autoridades no sentido de realizar uma ação ou abster-se de fazê-lo. Nessa hipótese, pode-se entender que a notificação e a exigência compõem o repertório de ordens que o Tribunal pode proferir, na sede recursal, a fim de restabelecer a ordem fundamental rompida. A circunstância de o estado de coisas servir não apenas como suporte causal à lesão jusfundamental examinada, mas também em relação a situações análogas, não pode restringir o alcance do requisito formulado.

Após a SU 559/97, o Estado de Coisas Inconstitucional foi utilizado e determinado em outras situações na Colômbia, sendo alguns dos casos: direito de petição dos aposentados; o sistema prisional colombiano; convocação de concurso; caso de defensores de direitos humanos; deslocamento forçado de pessoas. Sendo que a cada decisão, a Corte Colombiana aprimorou esse fenômeno jurídico, de maneira a garantir uma maior efetivação das decisões e, conseqüentemente, dos mandamentos constitucionais.

Para melhor compreensão do ECI e da temática do sistema prisional, é importante a análise das decisões que reconheceram e trataram do Estado de Coisas Inconstitucional nos estabelecimentos penais colombianos, bem como a decisão do deslocamento forçado de pessoas, que trouxe pontos específicos para caracterização desse mecanismo jurídico.

A *Sentencia* T-153, de 1998, foi o terceiro caso de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, na qual foi abordada a situação do sistema carcerário colombiano. O ECI foi reconhecido primeiramente em apenas dois estabelecimentos penais, mas posteriormente a Corte entendeu pela necessidade do reconhecimento em todo o sistema prisional do país, considerando o cenário generalizado de violações dos direitos fundamentais dos presos. É a primeira decisão de fato estrutural em relação à temática da pessoa privada de liberdade (ANDRÉA, 2021, p. 37).

O Tribunal Constitucional colombiano fundamentou sua decisão na situação grave do cárcere colombiano, que apresenta uma grande precariedade no fornecimento de condições mínimas para uma existência digna do preso dentro dos estabelecimentos penais, com falhas graves nos serviços de assistência, corrupção, violência, dificuldades de ressocialização e, principalmente, extremas violações dos direitos fundamentais e da dignidade humana dos detentos, como questões de saúde, trabalho, dentre outros.

Também foi argumentado que o Estado e a sociedade ignoram esse cenário de desumanidade dentro do cárcere, em posição de indiferença diante dessa situação, ainda que isso represente violações constantes ao texto constitucional e aos regramentos legais. Em razão disso, foi necessária uma atuação firme da Corte no sentido determinar medidas efetivas para o Poder Público adotar. Ressaltando-se que:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la 150 violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella

representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema (COLÔMBIA, 1998, p. 1).³⁸

Ao longo da decisão, foi desenvolvido que o direito à dignidade humana e o direito a não ser submetido a um tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante são gravemente desrespeitados dentro dos estabelecimentos penais, considerando a precariedade das estruturas físicas e dos serviços públicos fornecidos dentro desses locais, em razão do problema central da superlotação, que acaba ocasionando diversas outras situações (CCC, 1998, p. 1).

A CCC esclarece, também, sobre a sua atuação contramajoritária, no sentido de que a racionalidade constitucional da efetivação dos direitos é diferente do princípio das majorias, sendo necessária uma atuação para garantia dos direitos das minorias, que são grupos com difícil acesso aos órgãos públicos, com baixa proteção política e social, como o caso das pessoas privadas de liberdade. Diante disso, o juiz constitucional deve atuar para assegurar que esse grupo de pessoas tenham seus direitos resguardados.

A Corte reconheceu a necessidade da sua atuação diante desse grupo marginalizado, implicando na declaração do ECI, para que diferentes órgãos do Estado atuem na situação, de modo a solucionar esse estado de inconstitucionalidade do sistema prisional colombiano. Para tanto, notificou diversos órgãos públicos da decisão e do reconhecimento do ECI, argumentando que:

Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que

³⁸Tradução nossa: As prisões colombianas caracterizam-se pela superlotação, graves precariedades em matéria de serviços públicos e assistenciais, a regra da violência, extorsão e corrupção e a falta de oportunidades e meios para a ressocialização dos presos. Esta situação está em plena conformidade com a definição do estado de coisas inconstitucional. Diante disso, é deduzida uma flagrante violação de uma série de direitos fundamentais dos presos nas prisões colombianas, como a dignidade, a vida e a integridade pessoal, os direitos à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência etc. Por muitos anos, a sociedade e o Estado cruzaram os braços diante dessa situação, observando com indiferença a tragédia cotidiana das prisões, apesar delas representarem diariamente a violação da Constituição e das leis. As circunstâncias em que a vida transcorre nas prisões exigem uma solução imediata. Na realidade, o problema carcerário representa não apenas uma delicada questão de ordem pública, como se percebe atualmente, mas também uma situação de extrema gravidade social que não pode ser deixada de lado. Mas o remédio para os males que assolam o sistema prisional não está apenas nas mãos do INPEC ou do Ministério da Justiça. Portanto, a Corte tem que passar a exigir que diferentes ramos e órgãos do Poder Público tomem as medidas cabíveis para a solução desse problema (COLÔMBIA, 1998, p. 1).

azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia, los demandados en los procesos bajo estudio. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema (COLÔMBIA, 1998).³⁹

Buscou-se, assim, uma atuação conjunta entre os diferentes órgãos dos Poderes do Estado, considerando que a omissão na temática do sistema prisional envolve diversas instituições estatais, o que leva a necessidade do diálogo institucional entre as instituições notificadas, com medidas coordenadas e harmônicas, de maneira que a situação passe a ter atenção e destaque no campo de políticas públicas, para uma solução efetiva do problema.

Dentro desse contexto, Andréa (2021, p. 42) discorre que o grande ponto positivo da sentença foi “[...] colocar a crise do sistema carcerário colombiano na pauta do país e apontar para uma nova abordagem da questão pela Corte Constitucional, capaz de agir como mola propulsora no sentido de retirar da inércia os órgãos e autoridades públicas”.

A CCC reconheceu, em 2013, na *sentencia* T-388, uma nova situação que caracterizava um Estado de Coisas Inconstitucional. Sendo necessário um novo desenvolvimento de medidas públicas voltadas para a pessoa presa diante da evidência de novos fatos que se mostravam contrários à ordem constitucional.

Na *sentencia* T-762, de 2015, que reiterou o ECI no cárcere colombiano, houve um avanço no sentido de determinar um monitoramento do cumprimento das decisões emanadas pela Corte, com a Defensoria assumindo a responsabilidade de vigiar o cumprimento medidas das medidas ordenadas para sanar o Estado de Coisas Inconstitucional. Buscando, assim, a real superação do ECI no sistema prisional colombiano (ANDREA, 2021, p. 44).

Houve, assim, um desenvolvimento e aprimoramento do Estado de Coisas Inconstitucional ao longo das apreciações dos casos pelo Tribunal Constitucional colombiano, de modo que a cada decisão foi sendo verificado novas situações e necessidades, bem como lacunas existentes nas decisões anteriores. A Corte, então, foi aprimorando esse instituto jurídico, para garantir a sua efetividade real, de maneira que os direitos fundamentais sejam de fatos assegurados e a harmonia constitucional restabelecida.

³⁹ Tradução nossa: Durante muitos anos, a sociedade e o Estado cruzaram os braços diante dessa situação, observando com indiferença a tragédia cotidiana nas prisões, apesar de representar violações cotidianas da Constituição e das leis. As circunstâncias em que decorre a vida nas prisões exigem uma solução imediata. Na realidade, o problema carcerário representa não apenas uma delicada questão de ordem pública, como se percebe atualmente, mas também uma situação de extrema gravidade social que não pode ser negligenciada. Mas o remédio para as mazelas que assolam o sistema prisional não está apenas nas mãos do INPEC ou do Ministério da Justiça, réus nos processos em estudo. Por esta razão, o Tribunal deve proceder para exigir que diferentes ramos e órgãos do Poder Público tomem as medidas cabíveis para resolver este problema.

O Tribunal Constitucional peruano, apoiado nas decisões colombianas, aplicou o Estado de Coisas Inconstitucional em algumas situações, sendo a primeira em 2004 em um caso envolvendo o direito de informação, argumentando acerca da necessidade de aplicação desse mecanismo jurídico para coibir novas demandas sobre situação idêntica e também para proteção dos direitos fundamentais⁴⁰. Em 2010, o ECI foi aplicado em um caso envolvendo a ausência de política de tratamento e reabilitação da saúde mental das pessoas que estão sujeitas ao cumprimento de medidas de segurança de internação, tendo sido constatada a violação massiva e generalizada de um número significativo de pessoas⁴¹, decidindo da seguinte forma:

Declarar, como un **estado de cosas inconstitucional**, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental; en consecuencia:

- a. **ORDENAR** al Ministerio de Economía y Finanzas para que adopte las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud, y concretamente, a los centros hospitalarios de salud mental de país.
- b. **ORDENAR** al Poder Judicial la adopción de las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que les son remitidos por las autoridades de salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad de internación.
- c. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que proceda a la aprobación de una ley que regule el tratamiento, supervisión, procedimiento, ejecución y cese de las medidas de seguridad de internación.
- d. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo que adopte las medidas necesarias que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución, fortaleciendo los niveles de coordinación con el Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, etc.
3. **DISPONER** que los principios desarrollados en el *fundamento* 32 de la presente sentencia constituyen doctrina jurisprudencial, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
4. **DISPONER** que la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias constitucionales, se encargue del seguimiento respecto del cumplimiento de la presente sentencia, informando al Colegiado en el término de 90 días y emitiendo, si así lo considerara pertinente, un Informe al respecto.
5. **DISPONER** la notificación de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Colegiado, a todas las instancias involucradas o referidas en el fallo para los fines pertinentes (PERU, 2010).⁴²

⁴⁰ PERU. Tribunal Constitucional Peruano. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 2579-2003-HD/TCL**. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>. Acesso em 04 jan. 2023.

⁴¹ PERU. Tribunal Constitucional Peruano. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 03426-2008-PHC/TC**. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>. Acesso em 04 jan. 2023.

⁴²Tradução nossa: Declarar, por inconstitucionalidade, a inexistência de uma política de tratamento e reabilitação de saúde mental das pessoas sujeitas a medidas de segurança de internamento por doença mental; em consequência:

DETERMINAR o Ministério da Economia e Finanças a adotar as medidas necessárias para permitir o aumento gradual do orçamento destinado ao Ministério da Saúde e, especificamente, aos hospitais de saúde mental do país.

Observa-se, na decisão do Tribunal Constitucional do Peru, similaridade nas medidas que foram determinadas, em atenção às decisões colombianas, como o caso do envolvimento de diferentes instituições do Estado na solução da questão constitucional analisada, bem como de um órgão responsável para verificar o cumprimento das determinações, além de reforçar, ao longo da decisão, que a situação exige o reconhecimento do fenômeno jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional:

30. La situación descrita en los fundamentos que preceden permite constatar a este Tribunal Constitucional la violación masiva y/o generalizada de uno o varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.) que afectan a un número significativo de personas que adolecen de enfermedad mental. Pero además, esta situación de hecho contraria a la Constitución, permite reconocer a este Colegiado la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que adolecen de enfermedad mental, dentro de las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación. En efecto, se aprecia que existen escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación [...] (PERU, 2010)⁴³.

As decisões que inauguraram e desenvolveram o Estado de Coisas Inconstitucional reforçam a necessidade de proteção dos direitos fundamentais das pessoas e de preservação de um ambiente constitucional harmônico, com atuação ativa e conjunta dos Poderes do Estado no desenvolvimento de ações públicas para solução de problemas de descumprimento dos mandamentos constitucionais.

b. DETERMINAR ao Poder Judiciário que adote medidas corretivas para que todos os juízes do país se pronunciem tempestivamente sobre os laudos médicos que lhes são encaminhados pelas autoridades sanitárias, os quais recomendam a cessação da medida de segurança da internação.

c. EXORTAR o Congresso da República a proceder à aprovação de uma lei que regula o tratamento, fiscalização, tramitação, execução e cessação das medidas de segurança para internamento.

d. EXORTAR o Poder Executivo a adotar as medidas necessárias que visem a superação imediata e efetiva das situações fáticas que ensejem violação da Constituição, fortalecendo as instâncias de articulação com o Ministério da Justiça, Ministério da Saúde, Ministério da Economia e Finanças, etc

3. DETERMINAR que os princípios desenvolvidos no fundamento 32 da presente sentença constituem doutrina jurisprudencial, nos termos do artigo VI do Título Preliminar do Código de Processo Constitucional.

4. DETERMINAR que a Defensoria do povo, no âmbito de suas atribuições constitucionais, seja encarregada de fiscalizar o cumprimento desta Sentença, dando ciência ao Colegiado no prazo de 90 dias e emitindo, se julgar cabível, Parecer a respeito.

5. DETERMINAR a notificação desta sentença, por meio da Secretaria Geral deste Colegiado, a todas as instâncias envolvidas ou referidas na sentença para os efeitos pertinentes

⁴³Tradução nossa: 30. A situação descrita nos fundamentos anteriores permite a este Tribunal Constitucional verificar a violação massiva e/ou generalizada de um ou vários direitos fundamentais (direito à saúde, integridade pessoal, etc.) que atinge um número significativo de pessoas que sofrem de doenças mentais doença. Mas, além disso, esta situação fática contrária à Constituição, permite a este Colegiado reconhecer a existência de um estado de coisas inconstitucional no que diz respeito às pessoas que sofrem de doença mental, entre as quais as pessoas sujeitas a medidas de internamento. De fato, percebe-se que são poucos os planos, programas e serviços de saúde mental voltados para pessoas sujeitas a medidas de segurança de internação. [...]

4.2 CONCEITUAÇÃO E PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE DO ECI

Como bem ressalta Andréa (2021, p. 2), o fenômeno jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional é um conceito totalmente inovador, porquanto surge e se desenvolve dentro de uma Corte Constitucional do Sul Global, para solução de problemas fora da área tradicional dos Estados Unidos e da Europa Ocidental.

A América Latina, saindo das teorias jurídicas tradicionais europeias e norte-americanas, desenvolveu essa técnica jurídica para solução de problemas estruturais jurídicos próprios da sua realidade social e política, embasando em sua rede de proteção de direitos fundamentais e do seu constitucionalismo.

Couto (2018, p. 17-18) discorre acerca da concordância nominal da expressão Estado de Coisas Inconstitucional, pontuando que o termo “inconstitucional” está ligado à “estado” e não ao vocábulo “coisas”. Desse modo, a inconstitucionalidade é do próprio estado das coisas, não das coisas em si.

A Corte Colombiana, na *sentencia* T-762, de 2015, explica que:

La figura del Estado de Cosas Inconstitucional, es aquella mediante la cual esta Corte, como otros Tribunales en el mundo, ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía⁴⁴.

Em uma perspectiva filosófica, Couto (2018, p. 17), pautando-se em John Rawls (1993, p. 229-230), argumenta que o Estado de Coisas Inconstitucional está baseado em uma política liberal-igualitária, de modo que as políticas sociais devem ficar sob o comando do legislador, mas não sendo concedido um mínimo social para a sobrevivência de um grupo, as cortes constitucionais precisam atuar para controlar essas políticas públicas e garantir o mínimo social.

Sendo assim, na situação de negativa de um mínimo de condições possíveis para a existência digna de um grupo, é necessária uma atuação dos tribunais constitucionais, para

⁴⁴ Tradução nossa: A figura do Estado de Coisas Inconstitucional, é aquela por meio da qual este Tribunal, assim como outros Tribunais do mundo, tem verificado que em algumas situações particulares o texto constitucional carece de efetividade na realidade, tornando-se meramente formal. Foi decretada a constatação do desconhecimento da Constituição em algumas práticas cotidianas em que a Administração intervém, e nas quais as autoridades públicas, ainda que no âmbito dos seus poderes legais, desenvolvem sua atividade fora da margem dos direitos humanos e das suas obrigações constitucionais, quanto ao seu respeito e garantia.

garantia da efetivação dos direitos fundamentais, assim como para sanar omissões dos Poderes Públicos.

Na perspectiva jurídica, essa técnica caracteriza-se como uma decisão judicial na qual a Corte Constitucional reconhece a violação massiva e estrutural dos direitos fundamentais, declarando um estado de desrespeito dos mandamentos constitucionais. Sendo necessária uma atuação conjunta das instituições, com medidas eficientes para desfazer esse estado de anormalidade constitucional (PEÑA, 2011, p. 8).

Campos (2016, p. 21) parte de análises teóricas e práticas que circundam o cenário brasileiro, especificamente quanto à tutela insuficiente dos direitos fundamentais. Apoiado nas decisões colombianas, o autor define o ECI como:

[...] 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 a 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.

Em 2004, *sentencia* T-025, no caso do deslocamento forçado de pessoas, a CCC trouxe os fatores necessários para a caracterização do ECI, sendo os seguintes:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial⁴⁵ (COLÔMBIA, 2004).

Tem-se, então, que para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, é necessária a verificação de uma violação massiva de direitos fundamentais de um grupo

⁴⁵Tradução nossa: Entre os fatores avaliados pelo Tribunal para definir a existência de um estado de coisas inconstitucional, destacam-se: (i) a violação massiva e generalizada de diversos direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos; (ii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela ao procedimento de garantia do direito violado; (iii) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos. (iv) a existência de um problema social cuja solução exige a intervenção de várias entidades, exige a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que exige um significativo esforço orçamental adicional; (v) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorressem à ação tutelar para obter a proteção de seus direitos, haveria maior congestionamento judicial.

amplo e indeterminado de pessoas, com as violações partindo de omissões de diversos órgãos dos Poderes Públicos, caracterizando uma falha estrutural e generalizada, além da exigência de que a solução envolva a atuação conjunta de vários órgãos, tirando-os da inércia e almejando uma atuação harmoniosa.

Na decisão brasileira, o ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2015, p. 29) sintetizou, com base nas decisões da Corte Constitucional da Colômbia, os pressupostos para configuração do ECI:

[...] situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

A situação que implica a declaração do ECI pressupõe a necessidade de ampliação do alcance das determinações, vez que o caso envolve uma constatação de violação sistemática de direitos de várias pessoas. O ECI, impediria, assim, o ajuizamento de diversas demandas iguais, servindo para proteger todos os indivíduos que estejam enfrentando o problema.

Essa técnica jurídica baseia-se, portanto, em três pontos-chave, quais sejam: evitar ações repetitivas sobre a temática, com fundamento na economia processual; dever de colaboração entre as instituições do Estado na proteção dos direitos fundamentais; dever do Tribunal Constitucional de promover a efetivação dos preceitos fundamentais (COUTO, 2018, p. 24).

Portanto, não é qualquer situação de inconstitucionalidade que poderá gerar a aplicação dessa técnica jurídica, assim se manifesta Coutinho Neto (2020, p. 21):

[...] para efeitos de sua aplicação, a inconstitucionalidade não se relaciona a um ato normativo, ou um fato, é de uma instituição, de um sistema, que não é apenas defeituoso ou insuficiente em certos pontos, mas trata-se de um instituto aplicável tão somente na absoluta ineficácia da estrutura estatal na promoção de determinado direito fundamental, envolvendo além da complexidade sistêmica, a pluralidade dos atores envolvidos na prejudicialidade de efetivação dos direitos relacionados.

Para Couto (2018, p. 19), o Estado de Coisas Inconstitucional é um fenômeno social, no qual o Poder Judiciário, ao notá-lo, de ofício ou por provocação, tem o poder-dever de se manifestar a respeito do desenvolvimento de políticas públicas.

O ECI exige, ainda, que a decisão judicial determine uma “jurisdição supervisória”, na qual há um monitoramento da implementação das políticas públicas que sejam necessárias para sanar o estado de anormalidade constitucional. Há, assim, uma fiscalização das determinações judiciais e também ordens jurídicas flexíveis para a implementação das medidas, permitindo uma readequação das ações (ANDRÉA, 2021, p. 76).

Além disso, como evidenciam Souza e Coelho Neto (2021, p. 149), a declaração do ECI não é uma “[...] decisão judicial com solução terminativa e definitiva, mas uma construção dialógica entre os Poderes no desenvolvimento e implementação de políticas públicas aptas a sanar o estado de anormalidade constitucional”.

Mostrando-se uma decisão importante na temática dos direitos fundamentais, porquanto não se limita a reconhecer a falha estrutural e o bloqueio institucional em determinada situação, indo além e estabelecendo a construção de medidas que devem ser desenvolvidas de forma dialógica entre diferentes órgãos estatais, não sendo responsabilidade unicamente de uma instituição.

Para além disso, os efeitos da decisão que reconhece o ECI protegem diretamente um grupo de pessoas e indiretamente acabam atingindo toda a sociedade, que se encontra em potencial risco diante dessa realidade contrária ao texto constitucional (PEÑA, 2011, p. 8).

É uma importante criação jurídica para proteção de grupos vulnerabilizados, vez que retira o Estado da inércia, exigindo uma atuação ativa na criação e desenvolvimento de políticas públicas coordenadas para concretização dos direitos de pessoas que na maioria das vezes estão invisíveis para as instituições estatais e para a sociedade, como o caso dos detentos.

4.3 ANÁLISE DA ADPF 347

Passado o estudo dos antecedentes do Estado de Coisas Inconstitucional e dos seus elementos conceituais e caracterizadores, é pertinente agora a análise da decisão do Tribunal Constitucional brasileiro que reconheceu pela primeira vez, no âmbito jurídico-constitucional brasileiro, essa técnica jurídica decisória na temática de concretização de direitos fundamentais dos presos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 2015, no Supremo Tribunal Federal, com pedido de medida liminar⁴⁶, para que fosse reconhecida a figura do Estado de Coisas

⁴⁶ “a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução 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 –

Inconstitucional em relação ao sistema prisional brasileiro, além de pedir a adoção de medidas estruturais em razão das lesões aos direitos dos presos decorrente de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal. No mérito, além da confirmação das medidas cautelares, foram requeridos nove pedidos⁴⁷.

Os pedidos foram fundamentados na superlotação e nas condições degradantes do cárcere brasileiro, que caracteriza um cenário incompatível com o texto constitucional, diante

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

⁴⁷“a) haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro; b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) 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; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) 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; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT; d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; e) o plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma; h) sejam submetidos os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo; i) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; j) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil.”

da violações da dignidade humana, de direitos fundamentais, da vedação de tortura de tratamento desumano, do direito de acesso à Justiça, de direitos sociais, como saúde, educação e trabalho, assim como de tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Foi sustentado, também, que essa situação decorre de diversas ações e omissões de diversas instituições do Estado. Destacou-se, inclusive, as intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em razão de tais fatos, foi pontuado acerca da configuração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro:

o quadro configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, sendo, ante a gravidade, indispensável a intervenção do Supremo, no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis. [...] a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes (BRASIL, ADPF 347, 2015, p. 7).

Sublinhou-se que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma figura jurídica criada na Corte Constitucional da Colômbia, que desenvolveu essa técnica diante da necessidade de uma intervenção do Tribunal Constitucional para superação de um quadro de grave violação de direitos fundamentais, no qual há um bloqueio institucional dos Poderes Públicos que causam um cenário de inconstitucionalidade.

O relator do caso foi o ministro Marco Aurélio, que ressaltou no começo do seu voto “O tema das condições inconstitucionais dos presídios brasileiros está na ordem do dia do Tribunal” (BRASIL, 2015, p. 19), em razão da temática já ter sido apreciada algumas vezes no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal. Ressaltando, inclusive, que o tema é impopular, por envolver direitos de um grupo de pessoas não apenas estigmatizado, como também considerados por muitos como não merecedores da dignidade humana diante do cometimento de crimes.

Além disso, enfatizou o papel do Tribunal Constitucional de defender os direitos desse grupo vulnerabilizado, repudiado pela sociedade e ignorado pelos poderes políticos. Elencando, ao longo do seu voto, os diversos problemas que contornam o sistema prisional brasileiro, assim como os principais direitos que são violados e os deveres do Estado, ressaltando as normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o 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, a Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/94 (BRASIL, 2015, p. 21-25).

O relator discorreu, também, acerca da precariedade generalizada do sistema prisional brasileiro, ressaltando que “O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro” (BRASIL, 2015, p. 6).

O próprio Judiciário contribui para esse cenário, considerando a crescente taxa de encarceramento, a superpopulação prisional, bem como a quantidade de presos provisórios. Diante disso, o Executivo não consegue fornecer políticas públicas para amenizar a situação, nem para efetivar um mínimo existencial desse grupo, além da temática não ser vista com relevância e interesse por parte dos agentes políticos. Havendo, também, uma inércia legislativa, chamada de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*), como ressaltou o ministro Marco Aurélio em seu voto na ADPF 347:

A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. A história possui vários exemplos de agentes políticos haverem acionado cortes constitucionais, visando encontrar soluções a casos moralmente controvertidos e impopulares e, assim, evitar choques com a opinião pública. Os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de Direito e no consectário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos (BRASIL, 2015, p. 15-16).

Há, desse modo, uma omissão – e uma atuação violadora - que parte de vários âmbitos do Estado, em relação ao cenário do sistema prisional brasileiro. As instituições do Estado ignoram os presos, potencializando a vulnerabilidade desse grupo e, conseqüentemente, a exposição a riscos e danos. Desse modo, se fez necessária a atuação da Corte Constitucional ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, diante da situação do cárcere brasileiro, marcado por violações de direitos e condições desumanas, sendo determinado que os órgãos do Poder Público atuem conjuntamente para alterar esse cenário e reduzir a situação de vulnerabilidade social dos presos – agravada pelo próprio Estado.

Como reforça o ministro Edson Fachin (BRASIL, 2015, p.65), é “imperativo que se reconheça a ineficiência do Estado em garantir a dignidade dos presos para que efetivamente se proteja a dignidade dos presos”. Verificando-se a falha coordenada dos entes estatais em uma atuação concreta no cenário das prisões brasileiros e a responsabilidade coletiva diante disso, não há que se falar na atribuição da culpa a um único e exclusivo Poder, cabendo ao

Legislativo, Judiciário e Executivo, da União, dos Estados e do Distrito Federal. A ausência de ações administrativas, legislativas e orçamentárias representam uma falha estrutural que causa a violação massiva dos direitos, perpetuando e agravando esse cenário (BRASIL, 2015, p. 26-27).

Ao tratar da atuação judicial dentro da perspectiva do sistema prisional, Sarmiento (2016, p. 97) argumenta que o Poder Judiciário deve intervir nas políticas públicas estatais, de maneira que se ajustem e se adequem aos preceitos da dignidade humana e que haja melhoria nas condições prisionais, de tal modo que as determinações judiciais podem, inclusive, resultar em obrigações positivas que impliquem em despesas financeiras ao Estado. Ressaltando, ainda, que estes custos possuem absoluta prioridade, não sendo discricionário, visto que é uma imposição do texto constitucional.

Ao longo da decisão, o relator enfatiza que “uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional” (BRASIL, 2015). Os outros ministros seguiram em idêntica linha, sustentando a necessidade da aplicação desse mecanismo jurídico nos estabelecimentos penais brasileiros, divergindo apenas em alguns pontos do voto do relator. Segue a ementa da decisão que foi julgada em 09 de setembro de 2015:

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.

Foi necessário o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, considerando o estado de desarmonia entre o texto constitucional e a realidade, marcado pela ineficiência da implementação dos preceitos constitucionais dos presos, o que acentua a vulnerabilidade sócio-política, bem como macula o Estado

Constitucional Democrático de Direito, no que diz respeito à garantia da efetividade das normas constitucionais.

Para superação desse cenário de inconstitucionalidade, é preciso retirar as autoridades públicas da inércia, provocando a construção de novas políticas públicas, com um aumento da deliberação política e social acerca da temática das prisões e dos direitos dos presos, monitorando a implementação das medidas, de modo a assegurar a efetividade do que foi proposto na decisão (BRASIL, 2015, p. 37).

Espera-se, então, que diante do reconhecimento desse mecanismo jurídico e das medidas determinadas pela Corte Constitucional brasileira, as instituições estatais atuem conjuntamente para sanar esse cenário de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, atenuem a situação de vulnerabilidade imposta aos presos dentro do sistema prisional – e fora dele.

4.4 TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MEDIDA PARA TRATAR OS PROBLEMAS DO SISTEMA CARCERÁRIO: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

Dentro do Estado de Coisas Inconstitucional, na perspectiva do diálogo entre cortes constitucionais, vislumbra-se o conceito de transconstitucionalismo em sentido restrito, que é a classificação denominada para a intercomunicação entre diferentes constituições e ordens jurídicas, com o intuito de fortalecer os relacionamentos entre as ordens e de harmonizar as decisões para situações de problemas comuns ou similares, com uma troca de conhecimento e experiências, em aprendizado recíproco. Isso porque houve um transplante de uma decisão judicial de outra corte constitucional para o âmbito interno de outro país, no caso da Corte Constitucional colombiana para o Tribunal Constitucional brasileiro.

Como visto no primeiro capítulo temático, Silva (2014, p. 39) desenvolveu acerca da “persuasão importada”, que seria aquele diálogo silencioso entre os Tribunais de países diversos, o que foi verificado dentro da decisão cautelar da ADPF 347, com uma conversação indireta, inserindo jurisprudência de outro país no âmbito nacional, mas compatibilizando a decisão com as normativas e os valores locais, preservando-se, assim, a justiça e os ideais democráticos na solução de casos complexos.

Viu-se, também, a importância de um diálogo institucional dentro do próprio Estado, que é o caso da vertente do transconstitucionalismo em sentido amplo, no sentido de tratar um problema constitucional por meio de um diálogo entre os Poderes do Estados, no qual o Executivo, Legislativo e Judiciário conversarão a respeito da situação, de maneira que as suas

respectivas ações sejam tomadas em harmonia, para assim resolverem a adversidade constitucional que esteja ocorrendo.

À vista disso, haveria um fortalecimento da relação entre os órgãos dos Poderes do Estado, bem como uma harmonia em suas decisões e ações, de modo que o diálogo interno entre as instituições estatais também se mostra essencial na solução de problemas constitucionais.

Vislumbrando-se, também, essa vertente do transconstitucionalismo em sentido amplo dentro da decisão do Estado de Coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, diante das medidas que exigem uma conversação institucional entre os Poderes, com uma atuação coordenada, não sendo possível ações de apenas um âmbito estatal, já que o problema implica a responsabilidade de diversos órgãos.

Nesse sentido, no âmbito da situação de crise do cárcere brasileiro, Andrade e Ferreira (2014, p. 31) explanam sobre a ausência de diálogo entre os Poderes e sobre a necessidade dessa conversação para que ocorra uma harmonia no tratamento da situação:

[...] é necessário que haja um grande concerto entre quem faz a Lei que é o Legislativo, o judiciário que condena e o Governador que cuida. Percebe-se que não tem existido essa conversa. Se por um lado, na hora que o juiz, podendo manter o preso solto, prefere colocá-lo na cadeia ele não pergunta para o Governador se há vaga no presídio, se tem orçamento. Nesse sentido, enquanto não houver esse diálogo vai continuar havendo esse desencontro.

O ministro relator Marco Aurélio reconheceu, em sua decisão, a culpa conjunta do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da União, dos Estados e Distrito Federal, na situação de desumanidade dos estabelecimentos penais brasileiros⁴⁸ e de violação e omissão em relação à dignidade humana e aos direitos fundamentais, ressaltando acerca da responsabilidade coletiva de todos, que devem atuar conjuntamente de forma harmônica para superação dos bloqueios políticos e institucionais.

O relator (BRASIL, 2015, p. 3) destaca, ainda, que:

Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do

⁴⁸ “A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo” (STF, 2015, p.08-09).

comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial.

Portanto, é essencial que ocorra esse diálogo também em âmbito interno, como é o caso do mecanismo do Estado de Coisas Inconstitucional, no qual, como se analisou anteriormente, a Corte Constitucional brasileira almejou, em sua decisão, a construção conjunta de soluções públicas entre os órgãos dos Poderes do Estado. Reconhecendo, assim, que os problemas que circundam o cárcere brasileiro são causados – e agravados - de forma coletiva pelas instituições estatais e, em razão disso, precisam ser discutidos e solucionados conjuntamente, para existir uma harmonia nas decisões, de modo que não ocorra as dissonâncias explanas por Andrade e Ferreira (2014).

Nesse sentido, Marco Aurélio reforçou que, na decisão da ADPF 347, o papel do Supremo Tribunal Federal é superar bloqueios políticos e institucionais que estejam dificultando uma atuação no cenário das prisões brasileiros, não afastando os outros Poderes da construção e implementação de medidas, devendo existir um diálogo para coordenar as capacidades institucionais dos entes. O Tribunal agiria, então, coordenando e monitorando a atuação dos órgãos estatais, com a superação da inércia estatal e para uma atuação concreta e real, de modo a alcançar respostas efetivas para a situação (BRASIL, 2015, p. 36).

No relatório feito pelo CNJ, denominado “O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois”, no qual foi realizada uma análise dos estabelecimentos penais brasileiros após cinco anos da decisão da ADPF 347, foi exposto que as medidas para uma adequação das condições de privação de liberdade aos padrões internacionais demandam atuação de diversos atores, já que as competências em relação ao cárcere são de vários âmbitos do Estado⁴⁹.

⁴⁹ “[...] a adequação das condições de privação de liberdade aos estândares internacionais e a redução do contingente de pessoas privadas de liberdade são medidas complexas, que demandam arranjos institucionais e a articulação de inúmeros atores. Para ilustrar tal complexidade, é importante destacar que incumbe aos Estados Federados a gestão penitenciária e das Unidades Socioeducativas (salvo no caso dos presídios federais, que é gerida pela União Federal). Contudo, a União contribui com a alocação de recursos (oriundos do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional). Por sua vez, os municípios também são responsáveis por prestar serviços essenciais -aos quais as pessoas privadas de liberdade também são destinatárias – como a atenção à saúde, dentre outros. Além disso, a situação de execução penal ou de cumprimento de medida socioeducativa (internação) são obrigatoriamente submetidas ao controle jurisdicional, de modo que a soltura de uma pessoa privada de liberdade depende da ordem de um juiz(íza). A fiscalização da situação carcerária também é realizada pelo Poder Judiciário por meio de inspeções, sendo que a Lei de Execução Penal permite, inclusive, a interdição (total ou parcial) de estabelecimentos, bem como adoção de outras providências. O CNJ, por meio do DMF, tem por mandato a organização e estruturação dessa fiscalização, de forma a apresentar propostas globais para enfrentamento dos principais problemas estruturais do sistema. Assim, as ações e propostas voltadas à superação dos problemas adotadas não depende da intervenção em uma única fonte, tendo em vista que, muitas vezes, os bloqueios existentes derivam de omissões em cascatas de vários destes atores e, em outras, da fragmentação das atribuições de um modo que nenhum destes se sente responsável (nem mobilizado) a intervir no fenômeno como um todo” (CNJ, 2021, p. 7).

É necessário o reconhecimento em caráter definitivo do Estado de Coisas Inconstitucional no cenário do sistema prisional brasileiro, bem como é essencial que o Supremo Tribunal Federal tome uma decisão similar à colombiana, quando esta reconheceu sua falha em decisões anteriores e decidiu pela determinação do monitoramento judicial das decisões dentro da declaração do ECI, para que ocorram, de fato, efeitos positivos dessa técnica jurídica no cárcere brasileiro, com a efetivação dos direitos das pessoas encarceradas e, conseqüentemente, a superação do estado de anormalidade constitucional nessa situação.

Como bem destacado no relatório do CNJ (2021, p. 57), muitas ações foram feitas desde o reconhecimento do ECI pelo STF, mas as medidas ainda são insuficientes para mudar a realidade da situação das prisões, dos presos, seus familiares e servidores, sendo necessário ações específicas, atuação eficiente de diversos atores e uma velocidade maior na implementação das medidas, assim como é fundamental que o Judiciário atue ativamente com o monitoramento da implementação dos planos.

O diálogo interinstitucional é de grande importância no âmbito de efetivação da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Por meio do diálogo entre as instituições do Estado, com uma relação harmoniosa e efetiva dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em suas ações, será possível cumprir o ideal pretendido com a utilização do mecanismo jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional, que é suprir o quadro de omissões e violações de direitos de determinado grupo de pessoas.

Inclusive a decisão do Tribunal Constitucional peruano (2010, p.1) reforça a importância da atuação coordenada e conjunta entre órgãos de diversos âmbitos dos Poderes do Estado para a superação do cenário de desacordo entre a constituição e a realidade:

Sobre esta base este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución⁵⁰.

⁵⁰Tradução nossa: Diante disso, este Tribunal Constitucional, enquanto último garantidor dos direitos fundamentais, considera que para superar o problema, que é de natureza estrutural, é necessária uma intervenção ativa e oportuna, não só das autoridades convocadas, mas fundamentalmente, de forma coordenada e/ou em conjunto, com os demais setores ou Poderes do Estado (Ministério da Justiça, Ministério da Saúde, Ministério da Economia e Finanças, Congresso da República, Judiciário, etc.). Assim, este Tribunal requer a reconsideração da atuação dos poderes públicos, de modo que adotem um conjunto de medidas de natureza administrativa, legislativa, judicial e outras que tenham por objetivo a imediata e efetiva superação das situações fáticas que violam a Constituição.

O diálogo constitucional entre a Corte Constitucional brasileira e a Corte Constitucional Colombiana, ainda que de forma indireta - considerando que não houve uma conversação direta entre os Tribunais -, mostrou-se valioso para a construção teórica e jurídica no âmbito do Constitucionalismo latino-americano.

A decisão do STF na ADPF 347 não se trata de mero transplante jurídico ou incorporação de técnica jurídica de forma acrítica. Houve uma importação de um mecanismo jurídico, com adequações aos parâmetros fáticos e constitucionais brasileiros, com debates para aprendizado e desenvolvimento da técnica dentro na realidade pátria. Como se viu, os ministros, em seus votos, desenvolveram estudos acerca desse mecanismo jurídico, de maneira que fosse melhor aplicado dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Inclusive o ministro relator Marco Aurélio desenvolveu o questionamento “Qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades?”, apresentando argumentos para atuação do tribunal diante da necessidade de aplicação desse instituto no cenário carcerário. Mais além, o ministro Edson Fachin discorre sobre a situação das prisões brasileiras, pontuando que se coaduna em tudo com o descrito na petição inicial, sendo necessário o reconhecimento desse instituto⁵¹. O ministro Luís Roberto Barroso lembra, inclusive, que esse conceito já foi levantado por ele em outra discussão sobre precatórios e indenização dos presos⁵².

Mais além, o ministro Barroso (BRASIL, 2015, p. 72-73) ressalta que foi utilizado um mecanismo jurídico importado da Corte Constitucional colombiana e que a situação brasileira se assemelha ao cenário colombiano:

Trata-se de um conceito importado da Corte Constitucional colombiana, em uma situação muito parecida com a brasileira. Portanto, não há aqui, como de praxe, na ADPF, a indicação de um ato específico do Poder Público. Existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada

⁵¹ A situação dos estabelecimentos prisionais não é outra senão a bem descrita pela petição inicial. Em tudo a descrição se coaduna com a realidade. A conjuntura do sistema prisional brasileiro demonstra o descaso anos a fio com a efetividade das normas alhures enumeradas que, se observadas, teriam o condão de afastar o quadro caótico que assola os diversos estabelecimentos prisionais país afora. A questão, então, não é de eficácia normativa da legislação nacional, mas sim de efetividade. É imperativo que se reconheça a ineficiência do Estado em garantir a dignidade dos presos para que efetivamente se proteja a dignidade dos presos. [...] Creio que, dessa forma, o Supremo Tribunal Federal está, 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; (BRASIL, 2015, p. 65)

⁵² Em 2017, a temática foi levantada e debatida no recurso extraordinário 580.252: Na mesma linha das experiências da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Judiciário norte-americano, a Corte Constitucional da Colômbia produziu um mecanismo de intervenção jurisdicional para lidar com falhas estruturais de políticas públicas que impliquem violações massivas e contínuas de direitos e que decorram de omissões prolongadas das autoridades estatais. Trata-se da categoria do “estado de coisas inconstitucional”. Quando a Corte colombiana reconhece e declara a existência de um estado de coisas contrário à Constituição, ela passa a atuar diretamente na formulação de políticas públicas, definindo metas e linhas de ação a serem implementadas por diferentes instâncias de poder.

inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema. Desse modo, também não excitaria em reconhecer como presente esse segundo elemento, que é um ato do Poder Público, na verdade, aqui um conjunto de ações e de inações.

A ministra Rosa Weber enfatiza, quanto ao Estado de Coisas Inconstitucional, a metáfora do Inferno de Dante, que se assemelha ao cenário do sistema prisional brasileiro. Reforçando que há exceções, mas que elas não permitem que o STF não reconheça o cenário caótico e dramático das prisões brasileiras, de modo que é necessário declarar esse fenômeno jurídico (BRASIL, 2015, p. 105).

Observa-se, assim, que a importação jurídica do Estado de Coisas Inconstitucional não se deu de forma acrítica. Houve, efetivamente, um debate dentro da decisão da ADPF 347, analisando a técnica jurídica, a ordem constitucional e jurídica nacional, bem como foi discutida a doutrina nacional que trata da temática.

Além disso, foi uma importação de uma técnica jurídica criada por um país latino-americano, que enfrenta realidade próxima em relação ao tratamento de questões de saúde, educação e renda *per capita*. Nesse sentido, Andréa (2021, p. 152) analisou o índice de desenvolvimento humano do Brasil e da Colômbia, de modo a constatar a similaridade em entre as realidades dos dois países:

Para tanto, vale-se do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e realizando-se a comparação do IDH entre Brasil e Colômbia de 1990 até 2014, tem-se valores muito próximos, sendo o IDH da Colômbia em 1990 de 0,600 e do Brasil de 0,590; nos anos 2000 o IDH da Colômbia passou para 0,658 e do Brasil para 0,669; e o IDH em 2014 da Colômbia alcançou 0,720, enquanto o do Brasil atingiu o patamar de 0,775. Portanto, conforme o último ranking mundial do IDH, tanto o Brasil quanto a Colômbia encontram-se dentro da mesma faixa de "alto desenvolvimento humano".

Em relação ao fenômeno da importação constitucional, Pereira e Gonçalves (2015, p. 153) apresentam três riscos que essa técnica encerra:

O primeiro, nosso velho conhecido, é o imperialismo de ideias, em que apenas os países centrais exportam conceitos e práticas, absorvidas, não raro acriticamente, pelos países periféricos. O segundo, também usual, é a incorporação seletiva e enviesada de um instituto ou conceito, que é empregado de forma descontextualizada e deformada, com o único propósito de conferir subsídios que apoiem a tese sustentada pelo “agente importador”. Por último, mais inofensivo, é o uso de ideias estrangeiras com função meramente decorativa, com o propósito de conferir aparência de erudição à argumentação em pauta.

Como tratado no capítulo dois, as prisões da América Latina enfrentam problemas de precariedade desde a sua implementação, com escassez de recursos administrativos e financeiros, além disso, ainda há uma similaridade na dificuldade dos países da América Latina em efetivação seus direitos fundamentais dos seus cidadãos, ressaltando que “[...] há

um abismo entre o programado legalmente e a realidade dos presídios no Sul-Global” (ALMEIDA; SALLETE; GOMES, 2022, p. 9).

Evidencia-se, diante da situação carcerária brasileira, a necessidade do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, em caráter definitivo, sendo necessário que o STF determine o monitoramento das medidas, para que ocorra um efeito positivo na prisões, com a efetivação real dos direitos das pessoas e a consequente superação do estado de desarmonia constitucional.

Por meio do diálogo entre os entes públicos, com a adoção de medidas conjuntas e coordenadas, assim como pelo diálogo entre as cortes constitucionais – ainda que de forma indireta, com o compartilhamento de conhecimento e aprimoramento das decisões jurídicas, o transconstitucionalismo revela-se como uma medida essencial na efetivação de direitos.

No caso do sistema prisional brasileiro, o Estado de Coisas Inconstitucional, técnica jurídica criada e desenvolvida em outra corte latino-americana, manifesta-se como uma abordagem transconstitucionalista, na qual o Tribunal Constitucional brasileiro valeu-se dessa técnica colombiana para decidir um caso semelhante de violações sistemáticas de direitos e dos mandamentos constitucionais, de modo que almeja-se a concretização da dignidade humana e das normas de direitos fundamentais e direitos humanos.

Como bem sublinhou o ministro Teori Zavascki em seu voto⁵³, a decisão de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, tanto a medida liminar, quanto a eventual decisão definitiva, bem como as medidas aplicadas, não podem ficar apenas no plano simbólico ou no plano acadêmico. No momento em que STF decidiu pelo reconhecimento desse mecanismo jurídico, ele deve se mostrar disponível para que essa técnica jurídica tenha validade real, com a eficácia das medidas, de modo que ocorra a superação do cenário de inconstitucionalidade.

A partir dessas concepções, é possível notar que o Estado de Coisas Inconstitucional se revela como mecanismo jurídico apto a reduzir o cenário de crise estrutural e institucional do sistema prisional brasileiro, que é marcado por desumanidade, precariedade, violações de direitos, omissões e agravo da vulnerabilidade político-social do grupo que se encontra sujeito a uma pena privativa de liberdade. Sendo necessário, para sua efetividade, que a Corte brasileira atue monitorando as medidas determinadas, assim como que os Poderes do Estado,

⁵³ “É muito importante que a medida liminar não fique, assim como a própria decisão definitiva num caso como este, apenas no plano simbólico, ou no plano retórico, ou no plano acadêmico. Se o Supremo Tribunal Federal vai se dispor a contribuir, ele tem que contribuir eficazmente e responsabilmente” (BRASIL, 2015, p. 80).

coletivamente, assumam o compromisso nacional – e internacional – de atuação positiva eficiente nos estabelecimentos penais.

Assim, vê-se, também, que o transconstitucionalismo é uma medida essencial na efetivação da dignidade humana, de direitos fundamentais e direitos humanos, partindo tanto do âmbito do debate entre ordens jurídicas diversas quanto da seara interna de cada país. No caso da abordagem transconstitucionalista verificada no Estado de Coisas Inconstitucional, no diálogo entre cortes constitucionais, com utilização de técnica jurídica criada e desenvolvida por uma ordem jurídica que enfrenta problema similar, vê-se a intenção de solução para efetivação de direitos e para sanar um estado de anormalidade constitucional, recorrendo-se ao estudo desenvolvido em outra ordem. Na perspectiva transconstitucionalista interna, tem-se a construção dialógica entre os Poderes do Estado para adoção de medidas coordenadas e conjuntas, com responsabilidade coletiva, para efetivação de direitos e solução de uma demanda derivada de atuação e omissão de várias instituições, o que clama essa atuação conjunta.

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional criada pela Colômbia, país latino-americano, bem como a sua utilização pelo Brasil e pelo Peru, países também da América Latina, revela-se de grande importância para o Constitucionalismo latino-americano, assim como para o desenvolvimento do conhecimento jurídico dessa região, na medida em que foi criado um mecanismo jurídico para atender necessidades jurídicas e fáticas daquele país, mostrando-se, posteriormente, necessário para outros Estados latino-americanos que enfrentam situações semelhantes.

Resta evidente que, em um mundo globalizado, com países enfrentando problemas comuns e/ou similares, da complexidade das demandas jurídicas, assim como da ratificação de tratados e convenções de direitos, que tornam próximos no tratamento de problemas jurídicos, o transconstitucionalismo é uma medida importante para efetivação de direitos, seja por meio da conversa direta ou indireta entre as ordens jurídicas, com troca de conhecimentos e experiências.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Com as vertentes do constitucionalismo contemporâneo e da complexidade social, surgem novas demandas constitucionais e jurídicas, que necessitam de construções teóricas e jurídicas. Nesse cenário, destaca-se a teoria do transconstitucionalismo, concebida por Marcelo Neves nos seus estudos sobre o constitucionalismo no âmbito da sociedade mundial contemporânea.

Foi verificada uma globalização do direito constitucional, não no sentido de universalidade de um determinado texto constitucional, mas, sim, uma mundialização do texto constitucional de cada país, com as diversas ordens jurídicas acessando e debatendo diferentes constituições para solução de adversidades jurídico-constitucionais comuns ou similares entre os Estados.

Nessas bases, o transconstitucionalismo é criado e desenvolvido para superação das dificuldades jurídico-constitucionais, com uma troca de aprendizados e experiências entre ordens jurídicas, prezando pela alteridade, de modo a respeitar as particularidades de cada ordenamento, sem hierarquização, com o objetivo principal de efetivação de direitos fundamentais.

Nessa conjuntura, a jurisdição constitucional para tutela da dignidade humana e dos direitos fundamentais é essencial em um Estado Constitucional e Democrático de Direito. A dignidade humana é a base dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como é núcleo central do texto constitucional brasileiro, orientando todos os direitos fundamentais, bem como todo o ordenamento constitucional e jurídico.

O Estado deve garantir a promoção de uma existência digna de todos os cidadãos, com a materialização dos seus mandamentos constitucionais, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais. Apesar do dever do Estado de promover a dignidade humana e efetivar os direitos fundamentais, é verificada uma omissão estatal dentro dos estabelecimentos penais brasileiros, vez que é um ambiente maculado pela desumanidade e pela violação sistemática de direitos, com penas privativas de liberdade que extrapolam os limites constitucionais, jurídicos e internacionais, estando a pessoa presa submetida a um ambiente insalubre, cruel e desumano.

Ao estudar o ambiente carcerário brasileiro, foi verificado que há uma intensificação da vulnerabilidade da pessoa presa pelo Estado. Observou-se que as prisões brasileiras são, de forma majoritária, compostas por pessoas em situação de vulnerabilidade sócio-política. A

vulnerabilidade é algo inerente à natureza do ser humano, todos possuem, mas é o meio em que cada pessoa será inserida é que ditará se essa condição será agravada ou reduzida. Sendo assim, chega-se ao termo vulnerabilidade sócio-política, que é quando o meio social e político agravam a vulnerabilidade inicial da pessoa, com uma exposição a maiores riscos e danos.

Dentro do sistema prisional, essa vulnerabilidade sócio-política é agravada pelo próprio Estado, na medida em que há violações constantes dos direitos das pessoas presas, sendo submetidas ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade desumana, em um ambiente superlotado, com alimentação e higiene ruins, violência, rebeliões, mortes, celas insalubres, precariedade no acesso à saúde, educação, trabalho e justiça, dentre outros problemas.

Além disso, ainda há um aumento da vulnerabilidade de grupos mais vulneráveis, como idosos, mulheres, LGBTQIAP+ e pessoas com deficiência, considerando que poucos estabelecimentos carcerários possuem alas e celas específicas para esses grupos, sem adaptação e acessibilidade para o último grupo, fatores estes que aumentam o risco de violências e lesões a direitos dentro das prisões.

Há diversas normativas nacionais garantindo direitos a pessoa presa, como a própria Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, além dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo país e que tratam de direitos humanos, nos quais alguns são específicos para o preso e enfatizam que são vedadas penas cruéis, desumanas e degradantes. Essas normativas também trazem muitos deveres do Estado em relação ao preso, que deve assegurar a existência digna do detento, efetivando seus direitos.

É necessário reforçar que a pessoa presa não perde a titularidade dos seus direitos fundamentais ao adentrar na prisão, suspendendo-se apenas os direitos que se tornam incompatíveis com a pena de prisão, mas continuam os direitos essenciais a todo indivíduo, como saúde, educação, trabalho, alimentação, integridade física e moral, dentre outros.

Embora todas essas garantias constitucionais, jurídicas e internacionais, o cenário do sistema prisional é recorrentemente submetido aos órgãos jurídicos nacionais e internacionais. Como se viu, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos já analisaram casos de alguns estabelecimentos prisionais brasileiros, recomendando medidas urgentes diante da precariedade e desumanidade, pontuando que a superlotação do locais superava muito os padrões internacionais.

Uma das medidas que merece atenção é a contagem em dobro da pena do preso submetido a alguns dos locais analisados, em razão da pena de prisão naqueles

estabelecimentos ultrapassarem em muito o sofrimento natural de uma pena privativa de liberdade, ferindo a dignidade humana e os direitos humanos.

O sistema prisional brasileiro também é frequentemente tema de análise do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sendo que o caso debatido no presente estudo foi o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.

Ao estudar os antecedentes, conceituação e pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, é possível inferir que é uma técnica jurídica colombiana criada diante de uma situação de desarmonia constitucional, na qual há uma violação sistemática de direitos de um número amplo e indeterminado de pessoas, com atos e omissões de diversas instituições do Estado diante dessa situação. Além disso, é necessária uma atuação conjunta e coordenada de diversos órgãos para solução do problema, sendo uma responsabilidade coletiva, na qual o Judiciário deve assumir a incumbência de monitoração das medidas a serem implementadas para sanar esse estado de anormalidade constitucionalidade.

Considerando o cenário dos estabelecimentos penais brasileiros, agiu acertadamente o Tribunal Constitucional brasileiro ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional nessa situação, ainda que em caráter liminar. Da análise da decisão, é possível notar uma abordagem de caráter transconstitucionalista, vez que houve uma importação de jurisprudência estrangeira, com um diálogo entre cortes constitucionais, ainda que de forma indireta. Ressaltando-se que não foi uma mera aplicação de técnica jurídica estrangeira de forma acrítica, houve um debate e um desenvolvimento de acordo com a realidade pátria e a ordem jurídico-constitucional.

Além disso, ainda foi verificado o viés transconstitucionalista em sentido amplo, tendo em vista a necessidade do diálogo interinstitucional, que envolve diversos órgãos dos Poderes do Estado, considerando a responsabilidade coletiva no caso, de modo que exige uma atuação conjunta na superação dessa realidade inconstitucional.

Diante de tudo que foi desenvolvido ao longo do trabalho, é possível concluir que o transconstitucionalismo é essencial na sociedade mundializada, na qual os Estados enfrentam problemas comuns e similares envolvendo direitos humanos e fundamentais, sendo essencial também no âmbito interno de cada ordem jurídica, com as instituições estatais atuando conjuntamente para a efetivação de direitos.

Perante o exposto, o Estado de Coisas Inconstitucional é visto com uma abordagem transconstitucionalista, sendo uma ferramenta para efetivação de direitos. É uma construção de um país latino-americano, com grande importância para o desenvolvimento do

constitucionalismo latino-americano, tendo em vista que os países dessa região enfrentam realidades similares. Sendo assim, o reconhecimento desse fenômeno pode se mostrar eficiente para a materialização dos direitos das pessoas presas e a superação desse cenário de desarmonia entre o texto constitucional e a realidade. Para tanto, é necessário uma atuação efetiva dos Poderes do Estado, bem como o monitoramento das medidas pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800 - 1940. In: MAIA, Clarissa Nunes (org.). *História das Prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, volume 1, p. 37 - 47.

ALBUQUERQUE NETO, Flavio de Sá Cavalcanti de. Punir, Recuperar, Lucrar: o trabalho penal na casa de detenção do recife (1862-1879). 2015. 212 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/14013>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ALMEIDA, Bruno Rotta. Prisão e desumanidade no Brasil: uma crítica baseada na história do presente. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 74, 2019, p. 43-64.

ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, v. 12, 2015, p. 1- 16.

ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler; GOMES, Thais Bonato. SOCIEDADE CIVIL E DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS PRESAS. In: ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler; GOMES, Thais Bonato. **SOCIEDADE CIVIL E EXECUÇÃO PENAL. Direitos, Ação, Atuação e Incidência**. Goiânia: Alta Performance, 2023. p. 1-166.

ALMEIDA, Marina Corrêa de. DIREITO INSURGENTE LATINO-AMERICANO: PLURALISMO, SUJEITOS COLETIVOS E NOVA JURICIDADE NO SÉCULO XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 169-190.

ALVES, Pedro. **Conselho Nacional de Justiça aponta situação degradante em presídios no Recife; 'É um depósito de gente', diz supervisor**. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2022/08/19/conselho-nacional-de-justica-aponta-situacao-degradante-em-presidios-no-recife-e-um-deposito-de-gente-diz-supervisor.ghtml>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ANDRADE, Ueliton Santos de; FERREIRA, Fábio Félix. CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: CAPITALISMO, DESIGUALDADE SOCIAL E PRISÃO. *Revista Psicologia, Diversidade e Saúde*, Salvador, v. 3, n. 1, p. 24-38, abr. 2014.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto_base_11dez2010.pdf. Acesso em: 10 dez 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/168919/o-constitucionalismo-democratico-no-brasil--cronica-de-um-sucesso-imprevisto>. Acesso em: 02 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX | The Democratic Constitutionalism or Neoconstitutionalism as triumphant ideology during 20th century. **Revista Publicum**, [S.L.], v. 4, p. 14-36, 7 nov. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falências da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 dez 2022.

BRASIL Decreto nº 6085, de 19 de abril de 2007. **Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas BNMP Nacional**. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 dez 2021.

BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **MEMORIAL DE AMICUS CURIAE DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM SOLICITAÇÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA FORMULADA PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) SOBRE ABORDAGENS DIFERENCIADAS PARA PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE**. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/20_DPU_Brasil.pdf. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoimjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 05 jan 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização**. 2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 774763 – PE. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Relator Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca. **Dje/Stj**. Brasília. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=167229528&tipo_documento=documento&num_registro=202203121000&data=20221011&formato=PDF. Acesso em 02 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 136961 - Rj nº 136961. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Dje/Stj**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7. Relator: Relator Ministro Sidney Sanches. Brasília, 15 dez. 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939-7/DF. Relator Ministro Sydney Sanches, 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extensão na Medida Cautelar no Habeas Corpus 208.337 Pernambuco. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de Pernambuco. Requerente: TODAS AS PESSOAS EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE QUE ESTÃO OU ESTIVERAM NO COMPLEXO DO CURADO, EM PERNAMBUCO. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355434931&ext=.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus 208.337 Pernambuco. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352149802&ext=.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 580.252; Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Alexandre de Moraes; Redator do Acórdão Ristf : Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. 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. [...] nº ADPF 347. Requerente: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL. Relator Ministro Marco Aurélio. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 01 dez 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada. [...] nº 82424. **Habeas Corpus.** Brasil, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 10 jul 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro tranca inquérito policial aberto após furto de queijo.** 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460485&ori=1>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COELHO NETO, Ubirajara. **Direito Constitucional Previdenciário: princípios e evolução no direito brasileiro.** Palmas: Edição do Autor, 2008.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-025 de 2004 Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 12 dez 2022.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-559/97. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-153 de 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-388 DE 2013. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm>. Acesso em: 12 dez 2022.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762 de 2015. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>. Acesso em: 12 dez. 2022.

CONECTAS; SOCIEDADE MARANHENSE DE DIREITOS HUMANOS; ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO MARANHÃO; JUSTIÇA GLOBAL. **Violação continuada: dois anos da crise em Pedrinhas**. 2016. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2017/12/2016_Violacao_Continuada_dois_anos_da_crise_em_Pedrinhas.pdf. Acesso em: 22 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: balanço e projeções a partir do julgamento da adpf 347**. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

Corte IDH. Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas em relação ao Brasil. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de outubro de 2019**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_03_por.pdf. Acesso em 20 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de Novembro de 2014**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 22 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf. Acesso em: 22 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 22 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018**, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 20 dez 2022.

COUTINHO NETO, Claudio. **A Eficiência do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2020. 170 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

COUTO, Edenildo Souza. **O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO PARA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”**. 2018. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-159.

FEITO, Lydia. Vulnerabilidade. **An. Sist. Sanit. Navar**, v. 30, n. 3, p. 7-22, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madri: Editorial Trotta, 2014. Tradução: André Ibáñez e Andrea Greppi.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. O estado de coisas inconveniente: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 67-82, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/23647>. Acesso em: 9 set. 2022.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **CORPO NEGRO CAÍDO NO CHÃO: O SISTEMA PENAL E O PROJETO GENOCIDA DO ESTADO BRASILEIRO**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. Tradução de Raquel Ramalheite.

GADOTTI, Giselle Araujo. **DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O(S) SENTIDO(S) DO CONSTITUCIONALISMO NA CONTEMPORANIEDADE COM ESPECIAL REFERÊNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

GAMA, Aliny. **Presídio Aníbal Bruno, no Recife, é pior penitenciária do Brasil, diz CNJ**. 2011. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/11/10/presidio-anibal-bruno-no-recife-e-pior-penitenciaria-do-brasil-diz-cnj.htm>. Acesso em: 10 set. 2022.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a ‘sala de máquinas’ da Constituição. In: *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

JUSTIÇA GLOBAL. **Justiça aplica determinação da Corte Interamericana e manda contar em dobro pena de preso no Curado (PE)**. 2021. Elaborado por: GLAUCIA MARINHO. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/justica-de-pernambuco-aplica-determinacao-da-corte-interamericana/>. Acesso em: 20 dez. 2022.

LOURENÇO, Luiz Claudio; VITENA, Gabrielle Simões Lima; SILVA, Marina de Macedo. Prisão provisória, racismo e seletividade penal. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, [S.L.], v. 16, n. 2, p. 220-239, 23 mar. 2022. Revista Brasileira de Segurança Pública. <http://dx.doi.org/10.31060/rbsp.2022.v16.n2.1367>.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA: FUNDAMENTOS E ALCANCE (EXPRESSÃO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL)**. Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Vitor Gonçalves. ANÁLISE SOBRE A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E OS REFLEXOS DO FRACASSO DA PENA DE PRISÃO. **Derecho y Cambio Social**, p. 1-25, 01 jul. 2013.

MARTINS, Fernanda Rocha. As Funções da Pena e o Sistema Penitenciário Brasileiro: em busca de novas alternativas. 2014. 187 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://up.mackenzie.br/stricto-sensu/direito-politico-e-economico/teses-e-dissertacoesdetalhada/artigo/as-funcoes-da-pena-e-o-sistema-penitenciario-brasileiro-em-busca-de-novasalternativas/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia: Um Ensaio Sobre o Sujeito de Direito. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 71, p. 641-673, 2017.

MENDONÇA, Alex Jordan Oliveira; RIBEIRO, Glaucia Maria de Araujo. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO E SUA CONTRIBUIÇÃO NAS POLÍTICAS DE PROTEÇÃO E DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS NO BRASIL. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Belém, v. 5, n. 2, p. 80-100, jul-dez. 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. 2 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. 144 p; ePUB.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O TEMPO DAS RECONFIGURAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO: Os desafios para uma cultura cosmopolita**. 2010. 322 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OPPITZ, Daniela Gomes. A Crise do Sistema Prisional Brasileiro: direitos fundamentais e o controle judicial de políticas públicas. 2018. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SERGIPE. **Juiz determina interdição do Cadeião**. 2016. Disponível em: <https://oabsergipe.org.br/blog/2016/11/23/juiz-determina-interdicao-do-cadeiao/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

PEÑA, Gabriel Bustamante. **ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS**. Tese de Mestrado (Estudos Políticos). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, p. 130-159, jan-dez, 2015.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 2579-2003-HD/TCL**. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>. Acesso em 04 jan. 2023.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 03426-2008-PHC/TC**. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>. Acesso em 04 jan. 2023.
PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRADO, Florestan Rodrigo. **Sistema Penitenciário e Exclusão Social: um olhar sobre a realidade das prisões brasileiras**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da UENP: Jacarezinho, 2012. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/2500-florestan-rodrigo-do-prado/file>. Acesso em: 20 jul. 2022.

RE, Lucia. Vulnerability, Care and the Constitutional State. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (Rechtd)**, v. 11, n. 3, p. 314-326, set-dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SEM Pena. Brasil: Heco Produções, 2014. (87 min.), P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b6RDgB8GVW8>. Acesso em: 20 dez. 2022.

SIGNORETTI, Diogo Brandau. **A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES ESTRANGEIROS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS**. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SILVA, Monica Antonieta Magalhães da. **A PREVENÇÃO CRIMINAL EM UMA NOVA PERSPECTIVA: AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEDIDA DE REDUÇÃO DA VULNERABILIDADE DE EGRESSOS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

SILVA, Priscilla Maciel de Menezes. **TRANSCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO HUMANO DO CLIMA**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

SOARES FILHO, Marden Marques; BUENO, Paula Michele Martins Gomes. Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional Brasileira. **Ciência e Saúde Coletiva**, [s. l], v. 21, n. 7, p. 1999-2010, jul. 2016.

SOUZA, Andressa Rita Alves de; COELHO NETO, Ubirajara. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UM DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS. In: IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2021, Florianópolis. **Anais [...]** Florianópolis: Conpedi, 2021. p. 142-159.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Seção Criminal do TJPE define regras da aplicação da contagem em dobro da pena para presos no Curado**. 2022. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/-/secao-criminal-do-tjpe-define-regras-da-aplicacao-da-contagem-em-dobro-da-pena-para-presos-no-curado>. Acesso em: 20 dez. 2022.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A DESIGUALDADE E A SUBVERSÃO DO ESTADO DE DIREITO. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 4, p. 28-51, 2007.

WACQUANT, Louic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. PLURALISMO CRÍTICO E PERSPECTIVAS PARA UM NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-42.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. 218 p.

WORLD PRISON BRIEF. **World Prison Population List**. 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda da legitimidade do Sistema Penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001.