



EDUCAÇÃO CONTINUADA



CAIO DELLA PAOLERA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A SISTEMÁTICA VIOLAÇÃO
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ENCARCERADOS**

SÃO PAULO

2017

CAIO DELLA PAOLERA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A SISTEMÁTICA VIOLAÇÃO
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ENCARCERADOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão de curso de especialização em Direito
Constitucional da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo - COGEAE

Orientador: Profº. João Paulo Pessoa

SÃO PAULO

2017

BANCA EXAMINADORA

Professor João Paulo Pessoa

PUC - COGEAE - Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão.

Prof. (a)

PUC - COGEAE - Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão.

Prof. (a)

PUC - COGEAE - Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão.

AGRADECIMENTO

Ao Professor Orientador João Paulo Pessoa pela atenção e compreensão durante a elaboração deste trabalho.

Aos meus pais Mauricio e Janine, pelo amor incondicional e pelo exemplo de vida pautado pela determinação, força e fé.

À minha companheira pelo seu amor e paciência.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo oferecer os fundamentos teóricos da técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional, cuja origem remete aos julgados da Corte Constitucional Colombiana. O ativismo judicial da corte foi crucial para o desenvolvimento e promoção dos direitos fundamentais daqueles que se encontravam aprisionados pelo Estado. A evolução da jurisprudência colombiana permitiu que fossem criados mecanismos de monitoramento das decisões, o que de fato contribuiu para o avanço e melhoria das condições enfrentadas pelos encarcerados. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF declarou em sede de medida cautelar, a configuração do Estado de Coisa Inconstitucional, em virtude das violações massivas e sistemáticas aos direitos fundamentais dos encarcerados que se encontram dentro do sistema carcerário brasileiro. Ademais, os ministros da suprema corte reafirmaram a incapacidade do poder público de adotar medidas para solução do conflito, com base em uma atuação conjunta de diversos órgãos públicos.

Palavras-chave: Omissão, Inconstitucional, Estado de Coisas Inconstitucional, Sistema Penitenciário Nacional, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.

ABSTRACT

This paper aims to offer the theoretical foundations of the technique of decision of the unconstitutional state of things, whose origin goes back to the trial of the Colombian Constitutional Court. The judicial activism of the Court was crucial for the development and promotion of fundamental rights for those who were imprisoned by the state. The development of the Colombian jurisprudence was responsible for the creation of mechanisms for monitoring decisions, what actually contributes to the advancement and improvement of conditions faced by prisoners. In Brazil, the Federal Supreme Court has recognized, as a precautionary measure, in the trial of ADPF nº 347/DF the application of unconstitutional state of things, because of the massive and systematic violations of the fundamental rights of prisoners locked in the the brazilian prison system. In addition, the ministers of the Supreme Court reaffirmed the incapacity of public authority to adopt measures to resolve the conflict based on a joint action of various public bodies.

Keywords: Omission, Unconstitutional, Unconstitutional state of things, National Penitentiary System, Claim of non-compliance with a fundamental precept (ADPF) 347.

.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
 1. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO	 9
1.1 A inconstitucionalidade por omissão.....	9
1.2 O controle de constitucionalidade das omissões	10
1.3 A falta de efetividade dos direitos fundamentais	11
1.4 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais	13
 2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	 16
2.1 A origem do conceito	16
2.2. Os pressupostos de aplicação do ECI	17
2.2.1 O ativismo judicial da Corte Constitucional Colombiana.....	18
2.2.2 A promoção dos direitos fundamentais	20
2.3 A evolução da jurisprudência do ECI	23
2.4 O monitoramento das decisões	27
2.5 A superação do estado de coisas inconstitucional.....	28
 3. O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL APLICADO AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	 30
3.1 O falido sistema carcerário brasileiro	30
3.2 Condições de aplicação do ECI pelo ordenamento jurídico nacional	32
3.3 Os pressupostos de aplicação do ECI no sistema carcerário brasileiro	34
3.4 A possibilidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal.....	38
3.5 A ADPF 347/DF	40
3.6 Aspectos críticos da decisão.....	45
 CONCLUSÃO.....	 50
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 52

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro é conhecido por não oferecer as condições mínimas à existência humana. No início do ano de 2017 a guerra entre facções que dominam os presídios, evidenciou que o Estado Brasileiro continua a negligenciar o sistema carcerário.

O grave quadro de violações aos direitos fundamentais dos encarcerados é permanente e foi fator preponderante para o surgimento das grandes organizações criminosas, cujo objetivo primário era garantir o mínimo de dignidade aos apenados.

A inércia do Estado Brasileiro em efetivar medidas concretas para garantir condições mínimas às pessoas encarceradas contraria disposições contidas na Constituição Federal da República do Brasil. Não obstante as violações aos dispositivos constitucionais, o Brasil já foi denunciado na esfera internacional por violar os direitos fundamentais dos presos.

Por sua vez, os poderes da república sempre foram confrontados em relação às violações sofridas dentro das penitenciárias, mas falharam em melhorar o sistema carcerário, salvo raras exceções como a criação recente das audiências de custódias.

Nesse cenário caótico, o Supremo Tribunal Federal foi novamente questionado a respeito das violações presentes no sistema carcerário brasileiro, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, proposta pelo Partido Socialista e Liberdade – PSOL.

A ação constitucional foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio de Mello, com o pedido de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, por estarem presentes os pressupostos para a sua aplicação definidos pela Corte Constitucional Colombiana.

No caso em tela, o partido político defendeu vigorar no sistema carcerário brasileiro, um quadro de violações massivas a diversos direitos fundamentais, citando como exemplo a prática de tortura contra os presos, violações a dignidade da pessoa humana e restrições a diversos direitos sociais, tais como o direito à saúde e ao trabalho.

As violações fundamentalmente decorrem da falta de atuação de diversos órgãos do poder público, na criação de atos normativos, administrativos ou judiciais capazes de proporcionar uma efetiva melhoria nas condições do cárcere.

Com efeito, a reversão do quadro passa por uma atuação conjunta por parte dos diversos órgãos dos poderes legislativo, executivo e judiciário, que estão diretamente envolvidos na questão carcerária.

Ao propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, o autor da ação tinha como objetivo obter uma declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, a fim de impor ao poder público a adoção de medidas urgentes para regredir o quadro de violações aos direitos dos presos.

Assim, ante a provocação feita, a maioria dos ministros reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

Trata-se de decisão histórica que coloca o estado brasileiro como violador sistemático de direitos fundamentais. Por outro lado, introduz a criação de mais um mecanismo de proteção aos direitos essenciais mínimos para a existência humana.

Pois bem. O trabalho se decompõe em três partes.

No primeiro capítulo, é ressaltada a omissão inconstitucional no dever de criar normas que efetivamente promovam os direitos fundamentais, visto que a falta de atuação dos poderes da república corrobora a violação sistemática de direitos.

O segundo capítulo teoriza a técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional, apresentando a sua origem, o seu conceito, bem como os seus pressupostos de aplicação e atuação no caso concreto. Além disso, é possível verificar a evolução histórica das decisões da corte colombiana, pioneira na criação do Estado de Coisas Inconstitucional. Ademais, os mecanismos de monitoramento das decisões são apresentados para superação do quadro de inconstitucionalidade.

Por último, no terceiro capítulo, examinam-se as questões referentes ao julgamento da ADPF 347/DF, promovido pelo Supremo Tribunal federal, que reconheceu pela primeira vez a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no estado brasileiro.

CAPÍTULO 1 - A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 A inconstitucionalidade por omissão

O término da segunda guerra mundial é o ponto de partida para o surgimento de uma nova etapa do constitucionalismo. O novo movimento foi denominado neoconstitucionalismo e tinha como objetivo aprimorar as conquistas obtidas pelo constitucionalismo moderno que vigorou durante os séculos XIX e XX.

O constitucionalismo moderno influenciou a criação de constituições escritas, cujo objetivo era limitar a intervenção do poder público na vida privada dos governados, preservando as liberdades individuais dos sujeitos, tendo por inspiração o constitucionalismo norte-americano e francês.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, trouxe inúmeras consequências ao direito constitucional, entre as quais se destaca a ampliação da jurisdição constitucional, pois até o ano de 1945 vigorava em grande parte da Europa a supremacia do Poder Legislativo, consubstanciado na supremacia da lei ou do parlamento (modelo francês e inglês respectivamente). Assim, com o advento do novo modelo, passou-se a adotar a supremacia da Constituição.

Nas palavras do professor Flavio Martins Alves Junior:

“A Constituição deixou de ser um documento essencialmente político, com normas pragmáticas e passou a ter força normativa, caráter vinculativo e obrigatório”¹.

Outrossim, outra consequência importante do advento do neoconstitucionalismo foi a garantia da maior eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais, entre os quais se destacam os direitos sociais cujo avanço em sua aplicabilidade foi notável. Antes eram reduzidos a normas pragmáticas, com baixa eficácia, atualmente, devem ser aplicados em seu grau máximo, a fim de garantir um mínimo existencial pelo Estado.

A Constituição Federal como novo paradigma do ordenamento jurídico, garantiu diversos direitos sociais e econômicos e incumbiu ao Estado e a sociedade, a

¹ MARTINS, Flávio, *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

promoção de tais direitos, mediante uma postura ativa com o fim de adotar medidas concretas para o desenvolvimento social.

Deste modo, ante a força normativa da constituição, não se pode tolerar que o legislador ordinário ou o agente executivo sejam omissos na promoção dos direitos fundamentais. Na verdade, ao se omitirem ou permitirem que a omissão se perpetue, violam diretamente à norma suprema. A discricionariedade inerente aos cargos do legislativo e do executivo encontra limitação na norma constitucional.

Diante disso, o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos dispõe: “O ‘não fazer’ não pertencera à esfera do Legislador, e sim padecerá de vício de Inconstitucionalidade”².

Com efeito, ante a inércia dos atores do estado na promoção dos mandamentos constitucionais, se criou o controle de constitucionalidade por omissão, com o intuito de preservar o texto constitucional.

O poder judiciário ao fazer o controle de constitucionalidade dos atos emanados dos poderes legislativo e executivo, sobretudo em relação às “omissões constitucionais”, acirrou o debate sobre até que ponto um magistrado pode interferir nas atividades dos demais poderes da república.

O poder judiciário ao julgar eventuais omissões constitucionais, busca a preservação do texto constitucional e não usurpar as competências destinadas aos demais poderes. Ele utiliza os mecanismos ou ações constitucionais que a carta magna disponibiliza tais como a ação direta de inconstitucionalidade, mandado de injunção, arguição de descumprimento de preceito fundamental e mais recentemente a técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional.

1.2. O controle de constitucionalidade das omissões

O controle de constitucionalidade das omissões é um problema verificado em diversos países do mundo, o que demonstra a necessidade do constitucionalismo avançar mais uma vez para trazer instrumentos de soluções das controvérsias.

O avanço trazido pela consagração da supremacia da Constituição permitiu se discutir no âmbito das cortes judiciais, questões de ordem política e social, muitas vezes fixados no texto constitucional, porém sem eficácia alguma na prática.

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 26.

O artigo 103 da Constituição Federal consagra a hipótese da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual tem como fundamento a ausência de uma medida que traria a efetividade da norma constitucional.

O parágrafo segundo do respectivo artigo confirma que a ausência de uma determinada medida normativa pode ser de competência do legislador ou do órgão administrativo responsável por editá-la. Assim, o que se busca corrigir é a ausência da norma que impede a efetividade da disposição constitucional.

O doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos aduz a respeito da omissão normativa que decorre da falta de coordenação entre medidas legislativas e administrativas, ou seja, a falta de coordenação política entre os mais diversos órgãos públicos enseja a omissão inconstitucional.³

A Constituição Federal consagra outros instrumentos como o mandado de injunção previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal. Assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ela tem por objetivo dar efetividade às normas constitucionais que precisam de complementação (eficácia limitada), para garantir sua aplicabilidade plena.

1.3. A falta de efetividade dos direitos fundamentais

A evolução do direito constitucional ocorreu com a sedimentação dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas, orientados especificamente pelo princípio norteador da dignidade da pessoa humana.

A promoção dos direitos fundamentais está intimamente ligada à superação do estado legislador para o estado de direito, adotando-se a constituição como a norma regulamentadora que irradia efeitos para todas as esferas de poder.

A carta magna passou a ser a norma superior do ordenamento jurídico, devendo a lei ordinária se adequar aos preceitos normativos definidos no texto constitucional.

Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratar sobre os direitos fundamentais, dispõe que:

“O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana e da visão que a Constituição

³ Ibidem. p. 33.

é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões.”⁴

Ademais, a evolução histórica dos direitos fundamentais é subdividida pela maioria da doutrina, em gerações ou dimensões a depender da classificação adotada.

Contudo, parte da doutrina critica o termo geração, porquanto denota a existência de um rompimento entre os direitos de dimensões distintas, quando na verdade eles são interdependentes, para garantir a máxima efetividade na aplicação dos seus preceitos.

Os direitos de primeira dimensão decorrem das revoluções americana e francesa, em que se pretendia afastar a ingerência do estado sobre a vida privada dos indivíduos. Esses direitos exortam a abstenção de atividades estatais intervencionistas, a fim de resguardar as liberdades individuais. Como exemplo, surgem às liberdades de locomoção, consciente, o direito de propriedade.

No mais, o conjunto de direitos de primeira geração não se preocupa com o desenvolvimento social dos indivíduos, pois tem como modelo o sujeito individual.

Com efeito, os avanços trazidos com a revolução industrial provocaram o crescimento populacional nos grandes centros, o que gerou enormes disparidades sociais entre aqueles que dispunham do capital e a mão de obra trabalhadora.

Assim, para equilibrar as divergências sociais provocadas pela revolução, passou-se a exigir a atuação positiva do Estado nas soluções dos conflitos, de modo que se estabeleceu uma nova relação entre Estado x Indivíduo.

O estado passou a adotar obrigações positivas para intervir e promover os direitos econômicos e sociais, então pertencentes a segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Por sua vez, os direitos de terceira geração possuem como característica a titularidade difusa, ou seja, são direitos que são concebidos para tutelar uma coletividade indeterminada, sem que seja possível identificar o quanto cada indivíduo usufruiu daquele direito.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 135.

Os maiores exemplos desses direitos são a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à paz.

A evolução dos direitos fundamentais permitiu que eles fossem positivados e valorados na constituição federal, garantindo assim à aplicabilidade imediata dos seus efeitos, conforme dispõe o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

As normas constitucionais que retratam direitos fundamentais são de vinculação obrigatória e não apenas conteúdos programáticos. Além disso, por estarem previstas na norma suprema do ordenamento jurídico, não podem ser restringidas por lei. Aliás, compete a legislação ordinária se adequar a norma constitucional.

Igualmente, não há que se falar na atuação do legislador para efetivar os direitos fundamentais, pois, como já mencionado, eles decorrem diretamente da carta magna. Além disso, ainda que falte a determinação legal ou norma regulamentadora, compete aos operadores do direito aplicar o que está disposto na constituição federal.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco, ensina que:

“Agregou-se à lição da história o prestígio do axioma de que a Constituição -incluindo os seu preceitos sobre direitos fundamentais – é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos.”⁵

No caso do sistema penitenciário nacional, o que se verifica é a usurpação de diversos dispositivos constitucionais, pelas três esferas de poder da república.

A falta de uma política pública coordenada entre os poderes acarreta um quadro de violações massivas e continuas aos direitos fundamentais dos presos, o que não se admite em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil.

O estado de coisas inconstitucional é criado para combater o cenário de omissões reiteradas pelo poder público que ensejam afrontas concretas aos direitos fundamentais.

1.4. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 154.

O Estado tem a função de proteger e promover os direitos fundamentais, isto é, aquele que intervém excessivamente nas relações interpessoais ou que deixa de promover os direitos é caracterizado como um violador da constituição federal.

Deste modo, a perspectiva do direito constitucional atual compreende os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores democráticos existentes em um estado de direito.

Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratar do tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, expõe que:

“A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com os direitos fundamentais influam sobre todo ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos”.⁶

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais afasta a perspectiva individualista da proteção, para promover a essência do valor em si a ser preservado para todos os indivíduos.

Nesse sentido, os doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, afirmam que “como dimensão objetiva define-se a dimensão de direitos fundamentais cuja percepção independe dos seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito”.⁷

Não obstante, a dimensão objetiva propicia até restrições aos direitos subjetivos personalíssimos a fim de preservar o direito dos seus próprios titulares ou de outros bens considerados fundamentais.

Igualmente, outra consequência importante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reside no fato de que compete ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais contra lesões provocadas pelo próprio poder público ou por particulares.

As proteções dos direitos fundamentais essencialmente decorrem de leis que impõem as condições de proteção, aplicação e promoção dos direitos.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 167.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria Geral de Direitos fundamentais*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.117.

No caso, a falta de uma norma regulamentadora enseja uma proteção deficiente dos direitos fundamentais, incorrendo em uma omissão inconstitucional normativa.

CAPÍTULO 2 – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1. A origem do conceito

A Corte Constitucional da Colômbia foi a primeira a reconhecer e declarar a existência do Estado de Coisas Inconstitucional por meio de sentenças de unificações proferidas nos últimos anos do século XX.

O conceito trazido por Carlos Alexandre de Azevedo Campos é perfeito para definir o ECI, nos seguintes termos:

“... a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram 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.”⁸

As sentenças em que se têm declarado o ECI observa-se o objetivo claro de preservar os direitos fundamentais dos governados em virtude de violações sistemáticas perpetuadas por inércia dos poderes públicos.

A corte se depara com uma realidade social que demanda uma postura ativa do poder judiciário, a fim de proporcionar uma transformação da realidade empírica, pois as falhas estruturais e a falta de coordenação política não serão superadas sem a intervenção judicial.

Assim, o juiz constitucional, ao julgar demandas em que estejam presentes os requisitos do ECI, atua como um garantidor objetivo dos direitos fundamentais, visto que não se trata da defesa de um direito fundamental individual.

O magistrado ao declarar o ECI se aproxima da realidade social e atua na busca de soluções para os problemas sociais e não para um problema individual.

Novamente, o doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos, citando Sandra Morelli, nos ensina que:

“Com efeito, ao utilizar o instrumento da declaração do ECI. A corte deixa de restringir-se à função de garantidora de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo, o de ‘fomentar

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 187.

ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar a sua implementação e o controle de sua execução”⁹.

Nos países latino-americanos, em que a desigualdade social constitui fator preponderante para falta de acesso aos direitos fundamentais, o ECI surge como esperança para garantir uma maior fruição de direitos pela população em situação de vulnerabilidade social.

2.2. Os pressupostos de reconhecimento do ECI

Os pressupostos para o reconhecimento e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional foram aperfeiçoados a cada sentença proferida pela Corte Constitucional Colombiana.

Contudo, não se pode olvidar que a grande mudança no seu aperfeiçoamento ocorreu com a sentença T – 125 de 2004, cujo objeto se tratava do deslocamento forçado de pessoas.

Ademais, a sistematização dos pressupostos ensejadores da declaração de ECI, constitui medida fundamental para correta aplicação do instituto. Nesse sentido, por tratar-se de uma medida excepcional não é possível a sua aplicação desvirtuada ou até mesmo banalizada.

Assim, o primeiro pressuposto decorre da constatação de um quadro de violação massiva, grave e sistemática a diversos direitos fundamentais de um determinado grupo de pessoas. A violação transcende a pessoa do indivíduo e atinge um número indeterminado de sujeitos.

No cenário de violação de direitos fundamentais, a corte constitucional atua de forma comissiva para preservar a constituição. Todavia, a atuação da corte se conecta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O primeiro pressuposto somente estará preenchido se as três feições estiverem presentes, a saber: a) violação massiva e sistemática; b) diversos direitos fundamentais violados; e c) de um determinado grupo de pessoas.

O segundo pressuposto é a comprovada omissão reiterada de diversos órgãos do estado em cumprir com os seus deveres constitucionais ou institucionais.

A ausência na adoção de medidas administrativas, legislativas e até orçamentárias, ensejaria uma falha estrutural, em que se perpetuaria a omissão

⁹ MORELLI, Sandra. *The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to conceptual Audacity* Apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 97.

inconstitucional. Aqui não se trata de transferir a responsabilidade para uma determinada autoridade pública, mas sim, reconhecer que o mau funcionamento das instituições públicas do Estado permite a ocorrência da omissão ou a sua permanência.

Sobre esse pressuposto Carlos Campos afirma que:

“ A falha estatal estrutural pode ter início na omissão legislativa ou na falta de regulamentação normativa independente das tipologias dos enunciados normativos constitucionais, na falta de vontade política ou na ausência de coordenação entre leis e medidas administrativas de execução”.¹⁰

O terceiro pressuposto está relacionado diretamente ao segundo à medida que está conectado as ordens necessárias para superação do Estado de Coisas Inconstitucional.

A solução das violações não passa exclusivamente pela responsabilidade de atuação de apenas uma entidade pública, visto que a superação das falhas estruturais exige um esforço político coordenado das esferas de poder.

As políticas públicas exigem estudos prévios de impacto, alocação de recursos financeiros, bem como arranjos institucionais entre as diversas esferas de poder. Logo, não se admite o reconhecimento do ECI quando não for possível identificar que a solução das violações aos direitos fundamentais passa por uma atuação conjunta dos mais diversos entes dos poderes públicos.

Por fim, o jurista Carlos Campos defende a existência de um quarto pressuposto do ECI.

A Corte Constitucional para reconhecer e declarar o ECI precisa averiguar, se aquela demanda é capaz de ensejar uma enxurrada de processos perante a corte. Esse requisito só faz sentido em países que permitem a propositura de ações diretamente na Corte Constitucional, como é o caso da Colômbia.

No Brasil, a propositura de ações diretas ao Supremo Tribunal Federal é limitada ao seletivo grupo disposto no artigo 103 da Constituição Federal da República do Brasil.

2.2.1 O ativismo Judicial da corte constitucional colombiana

A Corte Constitucional Colombiana é considerada a maior fonte de decisões paradigmas que envolvam o ativismo judicial. Os trabalhos da corte tiveram

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 181.

início no começo dos anos 90, momento em que vários países latino-americanos começaram a superar décadas de supressão de direitos fundamentais para fortalecer os regimes democráticos.

As constituições democráticas surgidas nesse período promoveram um grande rol de direitos fundamentais com o objetivo de afastar quaisquer resquícios das violações do passado. O avanço no campo dos direitos sociais foi prioridade do legislador constituinte, inclusive, criando ou fortalecendo as cortes constitucionais como guardiã dos direitos ali prescritos.

A primeira decisão ativista da corte colombiana em que houve a declaração do estado de Coisas Inconstitucional, se tratava de direitos previdenciários e de saúde dos professores municipais. Em momento posterior, a corte decidiu sobre a mora de pagamentos previdenciários, sobre violações de direitos no sistema carcerário, entre outros os temas.

Com efeito, é interessante notar que o reconhecimento e aplicação do ECI contempla um amplo rol de direitos, e, não necessariamente, guardam relação entre si.

Ademais, o avanço proporcionado pelas cartas magnas democráticas permitiu uma maior judicialização das políticas públicas no sentido de questionar e pressionar os órgãos públicos a concretizar os direitos estabelecidos nas diretrizes dos programas políticos.

A corte constitucional colombiana tem atuado precipuamente em dois campos: no controle de políticas públicas e na promoção dos direitos fundamentais, principalmente no fortalecimento dos direitos econômicos e sociais.

A corte colombiana buscou equilibrar a atuação de forças dos poderes republicanos ao controlar os atos abusivos promulgados pelo executivo e legislativo.

Nesse sentido, os casos julgados do controle das declarações do estado de exceção pelo executivo e o controle da reforma da constituição para reeleição presidencial são paradigmáticos.

Na primeira hipótese, a corte decidiu que o presidente da república deveria ter a sua capacidade de declarar o estado de exceção reduzida, porém não deixou de reconhecer a discricionariedade do presidente em promover o decreto. Com

essa decisão, a corte passou a exercer o controle de constitucionalidade integral do ato, o que gerou fortes críticas, visto que a decisão promovia a ingerência do poder judiciário no poder executivo.

Na segunda hipótese, o caso discutido envolvia a possibilidade do legislador reformador alterar a constituição para instituir a reeleição presidencial. No caso em tela, a corte definiu os limites para a reforma da constituição. Assim, a alteração seria permitida desde que não houvesse a substituição da constituição por outra integralmente oposta, mantendo os princípios e valores definidos no texto constitucional e, não obstante, caberia à própria corte definir se uma reforma equivaleria à substituição da constituição. A corte impôs limites materiais à reforma da constituição.

Com base nos argumentos expostos, a corte julgou válida a alteração da constituição para instituir a reeleição presidencial por uma única vez, pois entendeu que a alteração não substituiria os princípios e os valores constitucionais (Sentencia C-1040 – Outubro de 2005).

Em sequência, em fevereiro de 2010, a corte foi instada a se manifestar sobre uma lei que convocava a população para um plebiscito que visava instituir uma segunda possibilidade de reeleição para presidente da república.

Desta feita, os magistrados da corte entenderam que uma nova reeleição configuraria uma substituição dos princípios e valores da constituição, declarando a inconstitucionalidade da lei.

2.2.2. A promoção dos direitos fundamentais

O avanço na promoção dos direitos fundamentais encontra respaldo no ativismo judicial feito pela corte constitucional colombiana por meio de decisões que garantem a efetividade dos direitos postos na constituição.

O doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos ao citar as palavras de Manuel José Cepeda-Espinosa, esclarece que:

“A corte tem se posicionado como um fórum crescentemente legítimo que responde a alguns dos mais complexos problemas que afetam a sociedade e as instituições colombianas. Suas doutrinas sobre direitos fundamentais tem visivelmente permeado a prática e o discurso social em níveis imprevisíveis. Ademais, em tempos recentes, atores sociais

e políticos tem gradualmente transferido à corte a solução de suas mais difíceis questões.”¹¹

As decisões preferidas pela corte foram tomadas dentro de um cenário político bastante conturbado, no momento em que a sociedade e estado lutavam para retomar o controle das funções estatais que muitas vezes estavam na mão do narcotráfico.

Nesse contexto de efervescência social e político, se destacam duas decisões da corte constitucional colombiana.

A primeira decisão a ser mencionada versa sobre a impossibilidade de milhares de credores hipotecários de pagar os juros dos financiamentos de suas moradias.

O problema estava na fórmula utilizada para calcular os juros dos financiamentos imobiliários, estabelecida pelo Banco Central da Colômbia, que inviabilizava o equilíbrio econômico financeiro dos contratos.

Deste modo, ante a inércia dos poderes executivo e legislativo, a população criou associações para a defesa do direito à moradia, cuja principal medida foi a propositura de ações públicas de inconstitucionalidade diretamente na corte constitucional, o que é permitido pelo ordenamento jurídico colombiano.

A corte, suscitada a se manifestar sobre o conflito, decidiu que os juros estabelecidos pelo banco central foram superiores ao índice de inflação, o que por óbvio inviabilizava o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Assim, por consequência lógica haveria violação ao direito à moradia digna, previsto no texto constitucional colombiano. Não bastasse a declaração de inconstitucionalidade, reiterando a diminuição dos juros, bem como a vedação a capitalização, ficou decidido que o banco central não poderia normatizar exclusivamente a matéria, devendo o legislativo criar uma lei que regulamentasse a matéria.

O congresso nacional editou no ano de 2000, a lei que regulamentou o sistema financeiro de habitação, incorporando as determinações contidas na sentença nº

¹¹ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court* Apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 107.

C-700, ou seja, afastou capitalização de juros e determinou que a fórmula do cálculo do juros refletisse a inflação da época, entre outras medidas. Inclusive, a lei conferiu efeitos retroativos para atingir os conflitos anteriores a edição da lei.

Contudo, em que pese a atuação legislativa a lei foi questionada no âmbito da Corte, que a julgou constitucional. A decisão da corte teve como base os ditames conferidos na própria sentença C-700, de 16/09/1999.

Vale ressaltar que antes da prolação da sentença c-700 foram realizadas audiências públicas que contaram com a participação da sociedade, banco central, sindicatos, membros do executivo e do legislativo, o que revestiu a decisão de um verdadeiro espírito democrático.

O doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos, amparado na obra e comentário de Rodrigo Yepes e Maurício Villegas destaca que:

“O litígio constitucional permitiu uma maior articulação entre os devedores e as suas associações numa espécie de movimento social de desobediência civil, de classe média, contra o setor financeiro e a política estatal de habitação [...]”¹²

A segunda decisão importante foi definida na ação proposta contra a Lei nº 54, de 1990, que definia a união estável apenas entre homem e mulher, excluindo assim as relações homoafetivas.

Em um primeiro momento, a corte rejeitou o pedido com o argumento de que a ausência de disposição legal não feria o direito de livre opção sexual, isto é, somente haveria uma proteção deficiente se a lei tivesse o intuito de lesar os homossexuais.

Em que pese o revés na proteção dos direitos dos homossexuais, a luta pela equiparação de direitos permaneceu no seio na sociedade colombiana.

Com o passar dos anos a corte passou a adotar novos enunciados que resguardavam os direitos dos homossexuais até rever sua posição em relação à lei 54, entendendo que ao excluir os homossexuais das garantias pessoais e patrimoniais da entidade familiar união estável, violava a dignidade humana, em virtude da proteção insuficiente em relação aos casais heterossexuais.

¹² YEPES, Rodrigo Uprimny; VILLEGAS, Mauricio García. *Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia*. Apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 110-11.

Assim, a sexualidade foi excluída como condição para aquisição de direitos, equiparando os direitos decorrentes da união estável, tanto para homossexuais como para heterossexuais.

2.3. A evolução da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana

O Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado pela primeira vez na sentença nº SU-559, que envolvia um grupo de professores municipais cujos direitos previdenciários foram negados pelo estado.

Em uma breve síntese, os professores contribuía com uma porcentagem dos seus salários para um fundo previdenciário de prestação social, mas não usufruíam dos benefícios assistenciais prometidos.

Pelo contrário, os agentes públicos negaram o direito de participação dos docentes no fundo sob o argumento que não haveria recursos financeiros para custear os benefícios ofertados, muito embora houvesse um desconto mensal dos salários dos professores num percentual de 5%.

A corte constitucional ao julgar o reclamo, não se ateve exclusivamente a avaliação dos direitos subjetivos dos 45 (quarenta e cinco) professores que estavam no polo ativo da demanda. Ela foi além. Adotou uma postura ativa que lhe é peculiar para verificar as falhas estruturais em torno do conflito, preservando assim a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Em razão de sua postura ativa, a corte identificou que, ao menos 80 % (oitenta por cento) dos professores municipais estavam na mesma situação.

Diante disso, os magistrados concluíram que havia uma falha na distribuição de recursos na área de educação, o que provocava um déficit orçamentário que inibia os professores municipais de serem associados ao fundo.

Logo, a violação não era provocada exclusivamente pelos municípios, pois a origem do conflito estava dentro do programa educacional do país, o que revelava a necessidade de encontrar uma solução conjunta com a participação de diversos órgãos públicos.

Assim, a corte declarou a existência do Estado de Coisas Inconstitucional e determinou que todos os municípios que não praticavam o repasse dos benefícios

corrigissem a inconstitucionalidade. Além disso, enviou cópias da sentença para diversos órgãos públicos que faziam parte da cadeia de distribuição dos recursos para a área de educação.

A primeira decisão na qual reconheceu-se o ECI constitui um verdadeiro marco histórico, político e jurídico na promoção e conservação dos direitos fundamentais.

A jurisprudência da corte evoluiu gradativamente até entrar na pauta de julgamento, o caso do sistema carcerário colombiano, que como em toda América Latina enfrenta sérias denúncias de violações aos direitos fundamentais dos encarcerados.

A demanda suscitada perante a corte envolvia a superlotação carcerária e as condições desumanas suportadas pelos detidos, nas penitenciárias nacionais de Bogotá e de Medellín. A ação foi julgada na sentença T-153 de 1998.

Os magistrados identificaram um quadro de violações massivas a diversos direitos fundamentais, tais como à dignidade da pessoa humana, à vida, à integridade física, à saúde, enfim a inúmeros mandamentos constitucionais eram violados todos os dias dentro daqueles estabelecimentos prisionais.

Ademais, como não podia ser diferente, a omissão do estado e da sociedade era flagrante. Governo e sociedade simplesmente ignoravam o problema carcerário. Quando, na realidade, trata-se de um grave problema de ordem social.

Não obstante, a corte afirmou que se não houvesse uma intervenção pelo poder judiciário, o quadro de violações permaneceria.

Desta feita, a corte expediu diversos mandados de realização dirigidos aos mais diversos órgãos públicos de atuação junto ao sistema carcerário.

Dentre as ordens mais interessantes, pode-se destacar a determinação ao Instituto Nacional Carcerário Nacional, ao Ministério da Justiça e ao Departamento Nacional de Planejamento e Elaboração, de elaborar no prazo de 3 (três) meses, um plano de construção e reparação das unidades carcerárias e incumbência da Defensoria do Povo e a Procuradoria Geral da Nação na supervisão da execução do plano.

Como se vê, a corte novamente não se ateve a preservação de direitos individuais dos autores da ação. Os ministros se preocuparam em identificar as falhas

estruturais e corrigi-las a fim de preservar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Todavia, em que pese à qualidade da decisão, as medidas adotadas não foram suficientes para superar o quadro de falha estrutural que resulta em violações massivas a direitos fundamentais.

A sentença T-388, de 2013 e a sentença 762, de 2015, confirmaram a persistência dos motivos que ensejaram a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema carcerário colombiano.

Pois bem. Prosseguindo na evolução da jurisprudência da corte constitucional colombiana, há que se destacar a sentença T- 590, de 1998.

A demanda foi proposta pelo Sr. Esteban Cancelado Gómez, que se encontrava preso por, em tese, ter cometido o crime de “rebelião”.

O autor era membro de uma organização não governamental que lutava pela proteção aos direitos humanos e havia denunciado massacres ocorridos em determinadas regiões da Colômbia.

Ocorre que a prisão em que se encontrava detido, estavam detidos diversos membros denunciados por ele, o que levava a inúmeras ameaças de morte. Assim, solicitou sua transferência para outra unidade prisional, mas teve os seus pedidos negados.

No caso em tela, a corte asseverou que a havia uma falha na política pública de proteção aos defensores de direitos humanos, haja vista a omissão estatal em protegê-los. Com isso, os requisitos para declarar o ECI estavam configurados. A decisão da corte buscou proteger todos os sujeitos que de alguma forma lutavam pelos direitos humanos, além de proteger o demandante.

Por fim, o caso mais importante enfrentado pela Corte Constitucional Colombiana foi o decidido na sentença T-025, cuja matéria versava sobre o deslocamento forçado de pessoas, decorrente da violência perpetuada pelas guerrilhas e pelo estado.

O deslocamento forçado na Colômbia foi um movimento interno, ou seja, dentro do próprio país, de pessoas que se encontravam em áreas sujeitas a grandes incidentes de violência generalizada. Em virtude desse cenário, muitas famílias foram

obrigadas a abandonar seus lares e deixar o trabalho que exerciam para salvarem a própria vida.

Embora a situação estivesse caótica, o Estado e a Sociedade Civil, por muitos anos se abstiveram em propor soluções para findar a guerra civil que vigorava no território colombiano.

A corte, mais uma vez, concluiu pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, tendo em vista a violação massiva a direitos fundamentais de um grupo de pessoas, decorrente da omissão de diferentes agentes públicos, cuja solução demandaria uma atuação coordenada de vários órgãos públicos.

Com efeito, os nobres julgadores, além de garantir os direitos dos demandantes, interferiram diretamente na elaboração do orçamento público para garantir recursos para a causa.

Igualmente, os magistrados determinaram a criação de uma nova política pública para atender os deslocados, bem como exigiram a criação de uma lei que regulamentasse a matéria.

De fato, o conteúdo da decisão explicitado na sentença T-025 é extremamente importante, visto que o número de pessoas atingidas com a sua decisão é enorme.

Todavia, o grande marco revolucionário contido na decisão foi a criação de mecanismos de supervisão das ordens emitidas no bojo da decisão. A corte preocupada com a efetividade das medidas, realizou diversas audiências públicas com o apoio de diversos atores políticos e sociais para aperfeiçoar as políticas públicas.

A respeito do monitoramento das decisões da corte, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, afirma que:

“A corte Constitucional manteve sua jurisdição com pretensão de monitorar a implementação de suas ordens, controlando as respostas e reações dos poderes políticos, até que tenham sido eliminadas as causas que geraram o ECI. É o monitoramento com vista à superação do ECI.”¹³.

Por oportuno, outro mecanismo de monitoramento foi utilizado pela corte, com a denominação de “Autos de Monitoramento”. O referido autor, novamente,

¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 152.

nos informa que: “Entre 2004 e 2014, foram 289 autos voltados ao monitoramento da implementação das ordens estruturais...”,¹⁴

A criação de mecanismos de monitoramento tornou a sentença T-025 um dos documentos mais importantes para o desenvolvimento da proteção aos direitos fundamentais.

2.4. O monitoramento das decisões

O primeiro ciclo de decisões das declarações do estado de coisas inconstitucional, marcado pela instituição dos fundamentos e pressupostos de aplicação do instituto, teve como resultado o avanço na concretização dos direitos fundamentais.

Nessa primeira fase, a corte identificou as falhas estruturais e entrevistou nas políticas públicas do Estado, sem que houvesse violações ao preceito constitucional da separação dos poderes, em especial para identificar um grave quadro de violações massivas aos direitos fundamentais. Identificou, ainda, que havia falta de racionalidade na distribuição dos recursos públicos.

A primeira etapa de reconhecimento e aplicação do estado de coisas inconstitucional terminou justamente com a publicação da sentença T-025, que adicionou aos mandamentos estruturais, mecanismos de monitoramento das decisões, como as audiências públicas e os autos de monitoramento, determinando que instituições públicas fossem responsáveis pelo acompanhamento das diretrizes traçadas nos planos de desenvolvimento.

A segunda fase teve início com a sentença proferida no caso do deslocamento forçado de pessoas, em que o brilhantismo da decisão se nota por sistematizar e aperfeiçoar a técnica de decisão do estado de coisas inconstitucional.

A criação de mecanismos de monitoramento para efetivar direitos fundamentais continua sua jornada de aperfeiçoamento, como no exemplo das sentenças T – 388 e T – 762 julgadas pela corte.

Os mecanismos de monitoramento são as chaves de sucesso das sentenças estruturais, pois sem eles a efetividade no cumprimento das ordens seria mitigada, como ocorreu na sentença T-153, de 1998.

¹⁴ Ibidem, p. 153.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em relação aos mecanismos de monitoramento explica que:

“Além de impor ações aos poderes e órgãos desobedientes, o monitoramento permite corrigir tanto os atos de implementação defeituosos como as próprias decisões judiciais que se revelem difíceis ou impossíveis de concluir. A flexibilidade das decisões estruturais deve permitir tanto a latitude da ação e discricionariedade substancial dos poderes políticos e da administração em cumprir ordens, como a modificação dessas ordens quando assim apontar necessário o processo de monitoramento.”¹⁵

A grande vantagem do monitoramento sistemático ocorre nos casos de alterações das condições fáticas, tendo em vista a possibilidade de a corte, ao tomar conhecimento, intervir rapidamente para sanar o problema.

Ao final, o monitoramento tem como finalidade trazer dados concretos para corte no sentido de permitir a superação do estado de coisas inconstitucionais.

2.5. A superação do estado de coisas inconstitucionais

A intervenção da corte constitucional permanece, enquanto persistir as falhas estruturais que ensejaram as violações aos direitos fundamentais.

Contudo essa intervenção não pode ser infinita, até porque as decisões judiciais não se prolongam no tempo quando atingidas o seu objeto.

Carlo Alexandre de Azevedo Campos, utilizando as palavras e ensinamentos do professor Cesar Rodríguez Garavito, dispõe que:

“Para o autor, a avaliação sobre as condições de superação do ECI deve combinar dois tipos de critérios: Indicadores de processo – diagnóstico sobre a redução ou eliminação das falhas estruturais nos processos de políticas públicas; e indicadores de resultados – exame do avanço na proteção dos direitos fundamentais em favor da população afetada.”¹⁶

Em suma, o autor ressalta a importância de os critérios utilizados para declarar o estado de coisas inconstitucionais serem guias para avaliar a superação do quadro de deficiência estrutural com violações massivas a direitos fundamentais.

¹⁵ Ibidem, p. 209.

¹⁶ Ibidem, p. 211.

Frisa-se que o ECI é instrumento temporário que busca mobilizar o aparato estatal em estado de inércia. Somente por meio de acompanhamentos periódicos e estudos empíricos pode-se comprovar a superação das violações.

Por outro lado, outra parte da doutrina entende que o estado de coisas inconstitucional é teoria inacabada, pois permanece em construção. Ademais, não existe norma regulamentadora que consagre o fim do estado de coisas inconstitucional.

CAPÍTULO 3 - O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL APLICADO AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

3.1. O falido sistema carcerário brasileiro

O sistema carcerário brasileiro apresenta os mesmos problemas suportados pelo sistema colombiano. Aliás, em toda América Latina é notório o descaso com as condições suportadas pelos detentos.

Ao longo dos últimos anos, o Brasil enfrenta uma verdadeira guerra entre facções pelo controle do narcotráfico e, como consequência dessa disputa, presenciamos dentro dos nossos presídios, toda espécie de violência que o ser humano pode experimentar, tais como, o esquartejamento de indivíduos, estupros, entre outros atos que demonstram o total abandono pelo estado dos indivíduos que ali habitam.

Com efeito, o Brasil é signatário da convenção americana de direitos humanos, cujo objetivo primário é a promoção e proteção dos direitos humanos em todos os estados que tenham aderido aos seus termos.

O doutrinador André de Carvalho Ramos, dispõe que:

“O Brasil aderiu à convenção em 9 de julho de 1992, depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, e a promulgou por meio do decreto nº 678, de 6 de novembro do mesmo ano. O ato multilateral entrou em vigor para o Brasil em 25 de setembro de 1992, data do depósito de seu instrumento de ratificação (art. 74, § 2º).”¹⁷

Em que pese a ratificação e a incorporação da convenção terem ocorrido em 1992, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas em 1998.

A corte é um órgão de jurisdição contenciosa e consultiva, que atua em demandas encaminhadas pela comissão de direitos humanos ou por entidades não governamentais.

Recentemente, o Brasil foi denunciado pela comissão de direitos humanos e por entidades não governamentais perante a Corte, em virtude das violações

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 252.

aos direitos humanos e do encarceramento em massa promovido pelo estado brasileiro, no Complexo Carcerário de Curado, em Pernambuco; no Complexo Carcerário de Pedrinhas, no Maranhão; no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro; e na Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo.¹⁸

A corte interamericana editou uma resolução em 13 de fevereiro de 2017¹⁹, sobre a violação massiva de direitos e a superlotação carcerária nos supracitados estabelecimentos de custódia, após impor quatro medidas provisórias que são adotadas “em situações de extrema gravidade e urgência a corte pode emitir medidas provisórias, determinando a imediata tomada de providências por um Estado [...]”.²⁰

Nos termos da resolução, elaborada mediante visitas *in loco*, os estabelecimentos de custódia não resguardavam o mínimo existencial para garantir a dignidade humana.

Ademais, os membros da corte que realizaram as visitas constataram um quadro de violações massivas aos direitos fundamentais era estrutural, tendo em vista que os presídios estavam localizados em diferentes estados federativos.

Como se vê, o Estado Brasileiro é um violador contumaz de direitos fundamentais da população carcerária, e não é de hoje que são noticiadas mortes dentro dos presídios ou violações como torturas perpetradas contra os detentos.

O avanço da tecnologia e a ausência do estado no controle dos presídios permitiram que toda sociedade tivesse acesso a vídeos em que os presos eram degolados, como nos tempos da sociedade medieval que tinha a guilhotina como instrumento de justiça.

A mídia promoveu uma ampla cobertura sobre o tema, porém Estado e Sociedade permaneceram inertes. Não há um plano de atuação estruturado de combate as violações.

Novamente, o Brasil perde a oportunidade de reconhecer e enfrentar o problema.

¹⁸ INDIO DO BRASIL, Cristina. *Brasil é ouvido em audiência em corte da OEA sobre sistema prisional*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/brasil-e-ouvido-em-audiencia-em-corte-da-oea-sobre-sistema>>. Acesso em 10.set.2017.

¹⁹Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf>. Acesso em 10. set. 2017.

²⁰ WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.160.

3.2. Condições de aplicação do ECI pelo ordenamento jurídico nacional

O cenário de violações estruturais aos direitos fundamentais dos encarcerados permite uma postura ativa do poder judiciário brasileiro, por meio da declaração do estado de coisas inconstitucional, especificamente para propor a edição de políticas públicas eficientes, bem como acompanhar sua adoção e desenvolvimento, a fim de garantir a efetividade objetiva dos direitos, com amparo no próprio texto constitucional.

A constituição democrática brasileira tem como fundamento o princípio norteador da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF. Outrossim, a carta magna elege como fundamento da república federativa do Brasil, a erradicação das desigualdades sociais e a promoção do bem estar de todos, sem discriminação de raça, cor, etc. nos termos do artigo 3º, III e IV, da CF.

Ademais, o legislador constituinte trouxe expressamente o título “direitos e garantias fundamentais”, contemplando os direitos individuais, sociais e econômicos. Estes últimos são os mais tutelados pela declaração de ECI em virtude da necessidade de uma promoção e desenvolvimento pelo Estado, diferentemente dos direitos individuais, cujo objetivo é afastar a intervenção do Estado na esfera privada.

Não obstante, tanto o constituinte originário como reformador optaram por ampliar o rol de direitos fundamentais, aduzindo expressamente que os direitos e garantias previstos na constituição, não excluem aqueles produzidos em tratados internacionais, desde que materialmente compatíveis com a ordem constitucional, inclusive aduziram que os tratados de direitos humanos, aprovados pelo procedimento previsto para emendas constitucionais (Art. 60, § 2º, da CF), são considerados normas materialmente constitucionais.

Pois bem. Todas essas disposições constitucionais constituem um bloco de direitos que não podem ser alterados por emendas constitucionais, pois constituem um núcleo duro de proteção que o constituinte originário buscou preservar para o futuro.

Os direitos e garantias fundamentais que possuem seu núcleo de proteção intangível são denominados como cláusulas pétreas. Não foi sem propósito que essas disposições se encontram nos primeiros artigos da Constituição Federal. De nada adiantaria dispor de direitos fundamentais e suas garantias sem que houvesse uma proteção especial.

Nesse sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos ao mencionar os direitos fundamentais, afirma que:

“... são direitos que devem nortear a criação de todo arcabouço jurídico brasileiro e a definição de políticas públicas, assim como a interpretação dessa mesma ordem, impondo a tomada de decisões que levem em conta a dimensão objetiva”.²¹

A Constituição Federal criou instrumentos institucionais que permitem ao Supremo Tribunal Federal declarar o Estado de Coisas Inconstitucional com o fito de editar ordens estruturais de superação desse estado.

O primeiro instrumento é o Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, nos seguintes termos:

“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”

A falta de uma norma regulamentadora cuja elaboração é de competência do legislativo ou do executivo pode inviabilizar o exercício de um direito ou prerrogativa e, se no caso concreto for constatada a violação, caberá ao juiz garantir o direito, superando a omissão.

O recurso extraordinário afetado com a repercussão geral surge como outro instrumento de garantia da preservação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar um recurso extraordinário afetado pela repercussão geral estende os efeitos da decisão de mérito, tomada nos casos em análise, para os demais processos que possuam a mesma matéria de mérito. Assim, atinge um espectro difuso de pessoas que estejam sofrendo violações aos seus direitos fundamentais.

Por sua vez, o instrumento mais importante criado pelo legislador reformador foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, disposto no artigo. 102, § 1º, da CF e na lei ordinária 9.982/99.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao mencionar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dispõe que:

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 259.

“O instrumento possui natureza de processo objetivo e tem aplicação abrangente. Dentro do conceito de ‘ato do poder público’ (artigo, 1º, caput, da lei 9.982/99), como objeto de controle pela ADPF, encaixa-se, perfeitamente, a noção de falhas estruturais e de realidade inconstitucional”.²²

É o instrumento perfeito, pois dentro do conceito de ato do poder público pode ser inserido não apenas um único ato, mas sim um conjunto de atos que deveriam ser praticados por esferas distintas dos poderes públicos, cujas omissões importam em falhas estruturais violadoras de direitos fundamentais, ou melhor, de preceitos fundamentais.

O único detalhe negativo na concepção da arguição descumprimento de preceito fundamental é o fato de que os legitimados processuais para propô-la, representam um pequeno grupo de privilegiados, determinados pelo artigo 103, da CF, o que acaba por restringir o acesso ao Supremo Tribunal Federal.

A primeira sentença que reconheceu e declarou o Estado de Coisas Inconstitucional foi proferida em uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Por oportuno, é possível concluir que o sistema constitucional brasileiro, instrumentalizado pela constituição democrática de 1988, oferece condições para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, visto que existe um bloco de direitos fundamentais, bem como ações constitucionais que buscam efetivar esses direitos.

3.3. Os pressupostos de aplicação do ECI no sistema carcerário brasileiro

O conselho nacional de justiça em seu último censo sobre a população carcerária no Brasil identificou que existiam 563.526 (quinhentos e sessenta e três mil, quinhentos e vinte e seis) pessoas detidas.

O número de vagas disponíveis no sistema carcerário era de 357.129 (trezentas e cinquenta e sete mil, cento e vinte e nove), ou seja, o déficit de vagas totaliza a quantia de 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e sete vagas).²³

²² Ibidem, p. 259.

²³ *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil - Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> Acesso em 11.set. 2017.

Os números demonstram que o sistema carcerário brasileiro não comporta o número de pessoas detidas. Como consequência da superlotação, surgem as mais diversas formas de abusos aos direitos dos presos, desde a falta de médicos no presídio até assassinatos de membros de facções rivais.

Assim, por todo o exposto, observa-se a presença dos requisitos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

As condições verificadas pela Corte Constitucional Colombiana são semelhantes às verificadas no Brasil, inclusive por visitas “in loco” feitas por membros e juízes titulares da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O primeiro pressuposto identificado é o da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais.

No caso dos estabelecimentos carcerários brasileiros, os encarcerados sofrem com estruturas precárias, violências físicas, falta de condições sanitárias mínimas, ausência de ensino e trabalho, configurando um tratamento cruel e degradante, o que é vedado pela constituição federal, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII, alínea e, conforme segue:

“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.”

Com efeito, o mínimo existencial para que o preso possa cumprir sua pena de acordo com as normas constitucionais não existe num país que tem como fundamento de sua constituição a dignidade da pessoa humana. Trata-se de verdadeira afronta aos direitos fundamentais.

No mais, a flagrante violação a diversos direitos fundamentais dos presos, atenta contra tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, tais como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis e Degradantes, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Também resta configurado o segundo pressuposto, porquanto se trata da omissão reiterada e imutável dos órgãos públicos no cumprimento dos seus deveres

instituídos pela constituição federal, o que por vezes configuram falhas estruturais e acarretam o desenvolvimento deficiente das políticas públicas.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, discorrendo sobre o tema, constata que:

“Há, sem embargo, defeito generalizado e estrutural de políticas públicas. Há ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, voltadas a superar esse quadro representa falha estrutural que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação”.²⁴

A constatação das omissões é perceptível em face dos acontecimentos ocorridos no início de 2017, em que 57 (cinquenta e sete) pessoas foram mortas dentro do presídio Anísio Jobim, na cidade de Manaus, capital do Amazonas. Além disso, no dia 14 de janeiro, ocorreu outro massacre dentro do presídio de Alcaçuz, localizado na cidade de Natal, Rio Grande do Norte. Neste caso, 26 (vinte e seis) pessoas foram mortas.²⁵

As autoridades públicas, por sua vez, ignoram a situação carcerária. No âmbito legislativo, aqueles que pleiteiam algum cargo no poder legislativo não colocam em seu plano de governo medidas capazes de ao menos melhorar o sistema carcerário, haja vista a existência da máxima de que “preso não dá voto”.

As autoridades do poder executivo, por seu turno, colocam a culpa na falta de recursos orçamentários para investir no sistema, ante a crise econômica vivida pelo país.

Frisa-se que as omissões reiteradas e constantes são perpetuadas por todas as esferas de poder, inclusive entre todos os entes federados do Estado, dentro da parcela de competência e atuação de cada membro.

O terceiro pressuposto consiste em verificar se existe uma atuação coordenada no desenvolvimento de políticas públicas, em conjunto por diversos órgãos públicos do legislativo, do executivo e do judiciário, para superar o quadro de violações aos direitos fundamentais dos presos, tendo em vista que são necessárias mais de uma medida para resolver a inconstitucionalidade.

²⁴ Ibidem, p. 272.

²⁵ Carta Capital. *Carnificina em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>>. Acesso em 11. set. 2017.

No Brasil, as políticas públicas que existem são desconexas, isto é, a atuação conjunta entre órgãos públicos são incipientes. Todavia, uma medida recente que chamou a atenção do poder público e da sociedade foi a implementação das audiências de custódia.

Contudo, as audiências de custódia sofreram forte resistência de membros do próprio poder judiciário, em virtude de ter sido regulamentada pela resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça.

A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais questionou a resolução no âmbito do CNJ, que decidiu não existir usurpação de competência legislativa, pois segundo o relator do caso, o doutor Fabiano Silveira entendeu que:

“o CNJ concretizou tratados internacionais ratificados pelo Brasil — artigos 9.3 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — e o próprio Código de Processo Penal, “a partir da interpretação teleológica dos seus dispositivos (cite-se o artigo 656 do CPP)”²⁶.

No mais, o pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade – ADI Nº 5.240, interposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil) contra o Provimento Conjunto nº 3/2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). O provimento determinou a apresentação do preso em flagrante até 24 (vinte e quatro horas) após a prisão a uma autoridade judiciária para participar da audiência de custódia. Essa medida tem a finalidade de evitar violações a integridade física do preso ou o seu desaparecimento, bem como diminuir o encarceramento em massa.

No âmbito do poder legislativo houve a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Prisional entre os anos de 2007 e 2009 que constatou diversas violações aos direitos fundamentais, mas não adotou medidas capazes de superar o quadro de inconstitucionalidade. Tanto é verdade que no início do ano houveram diversas mortes dentro sistema carcerário brasileiro.

O poder executivo, órgão responsável pela administração do Fundo Carcerário Nacional (Funpen), dispõe de um orçamento destinado a proporcionar melhorias ao combalido sistema carcerário nacional. No final do ano de 2016, o

²⁶ *Procedimento de Controle Administrativo – nº 0000006-75.2016.2.00.0000*. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/cnj-nega-pedido-anamages-mantem-norma.pdf> Acesso em 11.set. 2017.

presidente da república liberou verbas orçamentárias com base na medida provisória 755/2016.

Ante o exposto, o que se observa é a adoção de medidas isoladas para superação do estado de coisas inconstitucionais, não há uma coordenação político entre os diversos órgãos e autoridades públicas que atuam junto ao sistema carcerário.

Deste modo, com base na legislação constitucional e ordinária, bem como nos fatos empíricos demonstrados por meio de estudos e relatos, estão preenchidos todos os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, relativo ao sistema carcerário brasileiro.

3.4. A possibilidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal poderá declarar o Estado de Coisas Inconstitucional quando verificar a existência dos três pressupostos supracitados, interferindo na formulação, construção e acompanhando a execução das políticas públicas.

As medidas estruturais definidas pelo corte podem superar os entraves que permitem ou agravam a violação massiva aos direitos fundamentais.

Contudo, a corte deve estabelecer apenas ordens maleáveis, como definir objetivos e parâmetros almejados, deixando para o juízo político-administrativo para evitar um ativismo judicial que ultrapasse os ditames constitucionais. Não se almeja a obtenção da supremacia do judiciário sobre os demais poderes. As ordens executivas ficam a cargo dos órgãos incumbidos atos executivos.

Uma vez delineada as linhas gerais de atuação pelo Supremo Tribunal Federal, é preferível que a corte determine que outros órgãos dos poderes públicos monitorem o cumprimento das medidas estruturais definidas como capazes de superar a inconstitucionalidade, evitando-se uma “supremocracia”.

O sucesso ou o fracasso das atividades definidas devem ser reportados ao supremo por meio de relatórios de monitoramento para que a corte avalie os avanços na cessação das violações aos direitos fundamentais.

Além disso, o sucesso do monitoramento passa pelo diálogo institucional do supremo com os demais poderes públicos e com a sociedade, por meio da realização

de audiências públicas, com a presença de autoridades públicas e organizações não governamentais que atuem na defesa dos direitos dos encarcerados.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos define que a corte deve atuar em três focos distintos, porém complementares: I) Estancar o aumento progressivo da população carcerária; II) diminuir o déficit de vagas ofertadas pelo sistema penitenciário e III) melhorar as estruturas físicas das casas de custódia.

E para concretizar essas medidas, o autor propõe os seguintes parâmetros a serem observados:

“(i) para reduzir o aumento progressivo da população carcerária

- a) estimular a aplicação de penas alternativas e o uso da prisão domiciliar;
- b) restringir o uso da prisão provisória aos casos em que verdadeiramente seja comprovada ameaça ao desenvolvimento do processo pela liberdade do acusado e haja probabilidade de sentença condenatória privativa de liberdade ao final desse;
- c) estimular o amplo debate público e no Congresso Nacional sobre a disciplina legal do consumo e comércio de drogas, opondo a atual política de proibição à possibilidade de legalização com forte regulação e controle da produção;
- d) promover o processo de recuperação social dos presos a fim de evitar a reincidência penal;

(ii) para diminuir o déficit de vagas no sistema prisional

- a) atentar-se para os parâmetros acima apontados;
- b) determinar a realização de mutirões constantes para a revisão das prisões provisórias e dos casos de presos que já cumpriram as penas impostas;
- c) determinar a construção de novos presídios

(iii) para melhorar as condições atuais do encarceramento

- a) determinar a reforma dos presídios existentes, das acomodações insalubres, escuras e sem higiene;
- b) desenvolver ações estatais voltadas a assegurar direitos básicos dos presos:
 - b.1. assistência médica e psicológica;
 - b.2. fornecimento de medicamentos;
 - b.3. melhoria na alimentação;
 - b.4. serviços de educação;
 - b.5. programa de oferta de trabalho;
 - b.6. fornecimento de vestuário;
 - b.7. assistências social e jurídica;
 - b.8. acompanhamento da vida do egresso;
- c) providenciar a separação dos presos conforme a gravidade do delito, a idade e a natureza da prisão.”²⁷

²⁷ Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017, p. 277-278.

Os parâmetros elencados pelo doutrinador de fato importariam ao menos na diminuição das violações aos direitos fundamentais.

Ocorre que alguns parâmetros mencionados já foram adotados pelos poderes públicos, mas sem que houvesse uma coordenação político administrativa dos atos públicos.

A sentença que declara o Estado de Coisas Inconstitucional inevitavelmente determinará um complexo número de ordens, o que exigiria uma atuação conjunta dos diversos órgãos públicos, encarregados de atuarem junto a sistema penitenciário nacional.

O desafio é grande, do tamanho do problema constitucional, mas a primeira vitória será a promoção dos direitos e garantias fundamentais, ou melhor, a promoção do ser humano como sujeito de direitos e não como meio de produção de medidas. E, em última análise, o Estado e a sociedade serão os beneficiários dessas medidas, evitando-se assim um gasto desnecessário de dinheiro público a ser suportado pelo contribuinte.

3.5. A ADPF 347

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 foi impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade, mais conhecido pela legenda PSOL. O relator designado por distribuição foi o ministro Marco Aurélio de Mello. No pedido da referida ação o autor requereu o reconhecimento expresso do Estado de Coisas Inconstitucional, relativo ao sistema penitenciário brasileiro. Solicitou, ainda, à adoção de medidas estruturais em face das diversas violações aos direitos fundamentais dos encarcerados.

O autor na petição inicial demonstrou a presença dos requisitos ensejadores da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, a saber: a) vigência de um cenário de violações massivas e generalizadas de diversos direitos fundamentais dos encarcerados, como a vedação a tortura, a penas cruéis e degradantes, a dignidade da pessoa humana, além dos direitos sociais a alimentação, saúde e trabalho; b) comprovou que o quadro violações tinha como origem atos comissivos e omissivos, dos poderes

públicos da União, Estados e Municípios, incluindo atos de natureza administrativa, legislativa e judicial; c) a adoção de medidas para a melhoria das condições do cárcere, bem como a interrupção do aumento da superpopulação carcerária, envolveria a atuação conjunta de diferentes órgãos dos três poderes da república.

O PSOL afirmou que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, imporá aos demais entes públicos a adoção de medidas urgentes capazes de sanar o quadro de violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos presos.

Disse, ainda, que não bastava a declaração reconhecer as violações, pois era preciso supervisionar a implementação das medidas.

Não obstante, aduziu que a intervenção do Supremo Tribunal Federal nas políticas públicas, era medida excepcional, que somente poderia ser adotada em casos extremos de violações aos direitos fundamentais, visto que somente com a atuação da corte o entrave inconstitucional seria superado.

Outrossim, a atuação da corte para proteção dos direitos fundamentais, previstos como cláusula pétrea na constituição federal, não ofenderiam a democracia, especificamente quando se atuava em favor de uma minoria suprimida em seus direitos.

No mais, ante a falência institucional dos órgãos atuantes no sistema penitenciário nacional, requereu o acompanhamento das medidas pela corte ou por outros órgãos, com o monitoramento da promoção das medidas ordenadas, inclusive com o diálogo institucional entre os poderes estatais e a sociedade civil.

Por fim, o postulante requereu a liberação de recursos contidos no Fundo Penitenciário Nacional, em virtude da burocracia para obtenção do dinheiro, com a finalidade de aplicar na modernização dos presídios e na promoção de políticas públicas voltadas ao sistema carcerário.

O ministro relator iniciou seu voto afirmando que a questão relativa ao sistema penitenciário nacional estava na pauta do dia da corte e citou como exemplo, o recurso extraordinário nº 582.252/MS, no qual o supremo decidiria se o Estado deveria ser condenado a indenizar presos que sofriam danos morais por cumprirem pena em estabelecimentos de custódia degradados e insalubres.

Em sequência, o ministro explicou que a medida cautelar suscitada no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental tratava de tema impopular, porém de extrema importância, pois versava sobre a defesa de direitos fundamentais de uma minoria marginalizada.

No exame do mérito da ação constitucional, o relator constatou a violação a diversos direitos fundamentais consagrados na constituição federal, nos seguintes termos:

“Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).”²⁸

Aliás, o ministro reconheceu que a vergonhosa situação carcerária importava em violações às normas internacionais, previstas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como pacto de San José da Costa Rica.

Ao examinar o mérito do recurso, o relator abriu um segundo tópico para afirmar a responsabilidade estatal pelas violações aos direitos fundamentais dos encarcerados.

Segundo o ministro, a responsabilidade pelo estágio atual do sistema penitenciário pertence a todos os entes federados, haja vista as falhas estruturais decorrentes da falta de coordenação institucional para promover políticas públicas eficientes e capazes de superar o quadro de inconstitucionalidade.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Sessão 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14. set. 2017.

As omissões reiteradas do poder público em adotar medidas para superar a crise, agrava diariamente o quadro de violações massivas a direitos fundamentais dos presos.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio de Mello aduz em seu voto que:

“A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.”²⁹

O terceiro tópico do exame do mérito tratou da possibilidade de interferência do Supremo Tribunal Federal em questões de políticas públicas e orçamentárias. Isso porque o poder judiciário encontra dificuldades em estabelecer quais são os seus limites de atuação ao exercer funções atípicas.

Todavia, presentes os requisitos do estado de coisas inconstitucional, compete ao tribunal atuar em decisões políticas, na medida adequada, sem que se cogite afronta ao princípio de democrático e da separação dos poderes.

As graves violações massivas e generalizadas importam na inobservância do preceito máximo da dignidade da pessoa humana, o que permitia a atuação da corte.

Novamente, o ministro Marco Aurélio com a sabedoria que lhe é peculiar, reforçando a legítima atuação da corte, dentro do que a constituição federal lhe outorga, afirmou que:

“Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Sessão 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14. set. 2017.

um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.”³⁰

Assim, pondera-se pela interferência do supremo das escolhas políticas e orçamentárias de forma flexível no sentido de garantir uma margem política de atuação aos órgãos executórios. Isso fomentaria o diálogo institucional entre os poderes públicos.

Caberia ao Tribunal retirar da inércia os poderes da república, rompendo com o bloqueio institucional, tornando-se um coordenador de medidas estruturadas.

Assim, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os pedidos cautelares feitos na petição, deferiram os seguintes pleitos:

- a) Determinou aos juízes e tribunais que realizem, em até 90 (noventa) dias, as audiências de custódia, oportunizando o comparecimento dos presos em até 24 (vinte e quatro) perante uma autoridade judiciária, nos termos do artigo 9.3 do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos;
- b) Definiu a liberação do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se a União de fazer outros contingenciamentos.³¹

Nos demais pedidos, relacionados a interpretação da lei processual, na aplicação das prisões preventivas, a maioria dos ministros entendeu pela não concessão dos pleitos cautelares.

Com efeito, o relator do caso corroborou a afirmação de existir um grave quadro de violações a direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais e políticas públicas fracassadas, necessitando a intervenção da corte para adotar medidas estruturais para correção da inconstitucionalidade.

Os ministros Luis Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski votaram pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Sessão 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14. set. 2017.

³¹ I BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Sessão 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14. set. 2017.

Assim, o julgamento da ADPF, ainda que, em sede de medida cautelar, representou o primeiro passo para a consolidação de uma nova doutrina de proteção e promoção dos direitos fundamentais, retirando da inércia os entes públicos que se omitem na atuação e concretização dos mandamentos constitucionais.

3.6. Aspectos críticos da decisão

A decisão proferida na medida cautelar, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, ensejou questionamentos sobre a constitucionalidade da declaração do estado de coisas inconstitucional pela doutrina especializada.

Na fase de julgamento, o advogado geral da união e o representante institucional dos estados da federação concordaram que o sistema penitenciário nacional estava eivado de violações massivas aos direitos fundamentais, sendo necessárias medidas estruturais urgentes para correção do problema.

Contudo, os ínclitos patronos discordaram que a declaração do estado de coisas inconstitucional seria o meio ideal para a superação das violações acometidas dentro do sistema.

Os defensores apresentaram, em síntese, os seguintes argumentos para sustentar a tese:

- a) O Supremo Tribunal Federal não goza de legitimidade constitucional para ser um coordenador de medidas estruturais requeridas, conforme requerido pelos autores da ADPF;
- b) O uso do estado de coisas inconstitucional não se mostrou efetivo para a superação do quadro de violações massivas a direitos fundamentais no sistema penitenciário colombiano.

As críticas versam especificamente sobre a falta de legitimidade da corte superior para interferir nas políticas públicas e na falta de efetividade do instituto.

Em relação a doutrina que criticou a decisão da corte, destaca-se o doutrinador Lenio Streck, cuja crítica se mostrou bastante ácida em relação a decisão, especialmente em relação ao ativismo da corte, conforme segue:

“O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada

melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo, cujo conceito e sua diferença com a judicialização estão desenvolvidos em vários lugares, inclusive aqui nesta ConJur.”³²

O ilustre doutrinador na sequência do artigo aduz que a adoção de medidas estruturantes pelo poder judiciário, permite a abertura inconsequente para o ativismo judicial, com a interferência do poder judiciário nos mais diversos aspectos da vida social. Nesse sentido, o autor afirma que:

“O que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quiser, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada? Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe. Veja-se, por exemplo, o problema que se apresenta em face do remédio para câncer, em que uma decisão do STF, para resolver um caso específico (um caso terminal), está criando uma situação absolutamente complexa (para dizer o mínimo) no Estado de São Paulo. Não necessitamos de uma análise consequencialista para entender o problema dos efeitos colaterais de uma decisão da Suprema Corte.”³³

Ao final do texto em comento, Lenio Streck, apresenta suas considerações finais e questiona se o objeto do controle de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal poderia versar sobre questões empíricas, tendo em vista que é destinado ao controle de normas jurídicas. Acrescenta, ainda, seu receio da banalização do instituto, bem como a violação a separação dos poderes, cláusula pétrea em nosso ordenamento constitucional.

Com efeito, em contrapartida aos questionamentos feitos pela doutrina, Carlos Alexandre de Azevedo Campos combate as críticas formuladas, com os argumentos a seguir expostos.

A primeira crítica em relação à declaração do estado de coisas inconstitucional é relacionada ao fato de que a aplicação da técnica provocaria a profusão de decisões reconhecendo o instituto de maneira difusa, ante os diversos conflitos sociais vividos no Brasil.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 19. set. 2017.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017.p. 293.

Contudo, essa visão não merece prosperar, visto que o estado de coisas inconstitucional possui como característica fundamental a excepcionalidade.

“Com efeito, a declaração do ECI e intervenção estrutural são excepcionais porque apenas justificam-se em casos extraordinários de violações de direitos decorrentes de falhas estruturais”.³⁴

A segunda crítica formulada, em regra pela doutrina, refere-se ao subjetivismo da decisão. Os juízes ao declararem o estado de coisas Inconstitucional, precisam fundamentar exaustivamente a presença dos requisitos da violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais e das falhas estruturais causadoras dessas violações. O terceiro pressuposto denota que para superar o estado de inconstitucionalidade é necessária a atuação coordenada de diversos órgãos públicos e não apenas do poder judiciária. É preciso uma atuação um diálogo institucional entre os poderes para superar a violação, o que afasta, portanto, o subjetivismo da decisão por um único poder.

Igualmente, não há que se falar em violação à separação dos poderes, porquanto as críticas se baseiam em uma divisão de poderes estática, sem que haja um diálogo institucional entre eles.

A Constituição Federal consagrou de maneira extensa os direitos fundamentais e, para que possam ser efetivados em seu grau máximo, é preciso que os poderes públicos atuem de maneira uníssona, assumindo deveres e responsabilidade em conjunto, bem como colaborarem para efetivar os direitos fundamentais.

A complexidade das relações institucionais, não pode ser óbice à efetivação dos direitos fundamentais, pois irradiam efeitos para todas as esferas de poder.

A intervenção estrutural do poder judiciário nas políticas públicas se justifica pela omissão reiterada dos demais poderes em promover os direitos fundamentais, ante o quadro de falha estrutural na efetivação dos direitos.

O doutrinador Flavio Martins Alves Nunes Junior, ressalta que a intervenção do judiciário é viável, para garantir um mínimo existencial, nos seguintes termos:

“ [...]Mas, diante do descumprimento do mínimo existencial de alguns direitos, pode estabelecer as diretrizes gerais e mínimas relacionadas às políticas públicas que devam ser implementadas.”³⁵

³⁴ Ibidem, p. 293.

³⁵ MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 550.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio de Mello ressaltou que:

“No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.”³⁶

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao tratar do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, afasta a violação ao preceito fundamental da violação dos poderes, corroborando que:

“Ademais, o STF, na ADPF nº 347, já reconheceu, antecipadamente, que seu papel não é o de formular diretamente políticas públicas, e sim catalisar as capacidades institucionais dos outros poderes, em um cenário de inércia ou deficiência estatal prolongada, para que esse venham a tomar decisões políticas. O Supremo tem a pretensão de ser um agente de fomento da ação estatal.”³⁷

Ao término do julgamento, espera-se que a corte determine, com o rigor necessário, o desenvolvimento das políticas públicas, ressaltando as capacidades diretivas de cada poder público.

Por fim, a última crítica desenvolvida pela doutrina e talvez a que desperte maior atenção, ocorre no âmbito da falta de efetividade da declaração do estado de coisa inconstitucional.

Os defensores da falta de efetividade sustentam o exemplo do sistema penitenciário colombiano, em que foi necessário novo enfrentamento pela corte constitucional do tema, visto que o estado de coisas inconstitucional não havia sido superado com as ordens estruturais emitidas.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Sessão 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14. set. 2017.

³⁷ Ibidem, p. 311.

Todavia, no primeiro julgamento feito pela Corte Constitucional Colombiana houve um erro dos magistrados ao não reterem a jurisdição, deixando de acompanhar a implementação das ordens estruturais emitidas ou determinando que outro órgão público o fizesse.

Assim, no julgamento do caso do deslocamento forçado de pessoas, em virtude da guerra territorial promovida pelo narcotráfico, a corte constitucional reteve a jurisdição consigo, harmonizando a intervenção nas políticas públicas com o diálogo institucional entre os poderes públicos.

O monitoramento por meio de audiências públicas e relatórios, com a participação da sociedade civil, permitiu aos magistrados a correção imediata de eventuais desvios na promoção das políticas públicas.

CONCLUSÃO

A Corte Constitucional na Colômbia com a promulgação da Constituição de 1991 promoveu grandes avanços na esfera política e social de seu país.

O Estado colombiano se encontrava mergulhado numa crise política e social em virtude da ausência dos poderes públicos nos exercícios das funções que lhe eram instituídas pelo ordenamento constitucional.

Assim, na esteira dos conflitos sociais, o tribunal começou a receber ações diretas, impetradas por grupos de direitos humanos ou pelos próprios indivíduos cujos direitos eram violados.

As ações invariavelmente versavam sobre direitos econômicos e sociais que eram negados aos interessados, pois os poderes legislativos, executivos e, até mesmo o judiciário, se omitiam na efetivação dos direitos fundamentais.

Ocorre que as violações aos direitos tornaram-se sistêmicas, ensejando um grave quadro de violações massivas e reiteradas a diversos direitos fundamentais, decorrentes das omissões reiteradas dos poderes públicos em cumprir com suas funções constitucionais, entre elas a promoção dos direitos fundamentais.

A ausência de políticas públicas de caráter administrativo, legislativo e orçamentário, são fatores preponderantes para a manutenção do quadro de violações e a falta de interesse na promoção dessas medidas é outro fator grave que permite a falta de efetividade dos direitos.

Ademais, a gravidade das violações importa em soluções que devem ser providenciadas por mais de um órgão público.

As medidas estruturais que podem ser adotadas, somente surtirão efeito se foram dirigidas e implementadas por todos os poderes públicos que se omitiram diante da efetivação dos direitos. Não basta que apenas um poder seja compelido, tendo em vista a necessidade de uma política coordenada entre os poderes para a superação da inconstitucionalidade.

As cortes superiores instadas a se manifestarem sobre a existência de um estado de coisas inconstitucional, como ocorreu em relação os sistemas penitenciários

de ambos os países - após análise criteriosa dos pressupostos de aplicação - devem intervir na formulação de políticas públicas de promoção dos direitos fundamentais, sempre preservando o diálogo institucional entre as esferas de poder, a fim de afastar subjetivismo das decisões.

As medidas dirigidas aos órgãos públicos são de linhas gerais e flexíveis, deixando um juízo discricionário ao poder executivo ou legislativo para que eles possam atuar na “linha de frente” da política pública.

Não obstante, não há que se falar em um ativismo judicial que importe em violação ao princípio da separação dos poderes, porquanto compete aos tribunais superiores a guarda da constituição federal.

A carta magna brasileira, inclusive, destacou um título específico para os direitos fundamentais, exaltando a importância que o legislador ordinário conferiu ao tema.

Deste modo, o estado de coisas inconstitucional surge como uma inovação para efetivação dos direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal federal, em sede de medida cautelar, na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 do distrito federal, declarou a existência do estado de coisas inconstitucional relativo ao sistema penitenciário brasileiro.

O ministro relator Marco Aurélio de Mello, em seu voto condutor, retratou o grave quadro de violações sistemáticas a direitos fundamentais dos encarcerados, por culpa da omissão reiterado dos poderes públicos em adotar medidas conjuntas para superação da inconstitucionalidade.

Portanto, restou evidenciado que a declaração do estado de coisas inconstitucional representa um grande avanço na tutela dos direitos sociais no Brasil, tendo em vista o passado e o presente desonroso de nosso país na promoção e efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Sessão 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14. set. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2017.

CARTA CAPITAL. *Carnificina em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>>. Acesso em 11. set. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria Geral de Direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

INDIO DO BRASIL, Cristina. *Brasil é ouvido em audiência em corte da OEA sobre sistema prisional*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/brasil-e-ouvido-em-audiencia-em-corte-da-oea-sobre-sistema>>. Acesso em 10. set. 2017.

MARTINS, Flávio, *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil - Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> Acesso em 11.set. 2017.

Procedimento de Controle Administrativo - 0000006-75.2016.2.00.0000. Disponível em: <<s.conjur.com.br/dl/cnj-nega-pedido-anamages-mantem-norma.pdf>> Acesso em 11.set. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf>. Acesso em 10. set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 19. set. 2017.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.