

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**NEYMILSON CARLOS JARDIM**

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO  
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UM  
CAMINHO ADEQUADO CONSTITUCIONALMENTE  
NA CONSTRUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**POUSO ALEGRE - MG**

**2018**

**NEYMILSON CARLOS JARDIM**

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO  
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UM  
CAMINHO ADEQUADO CONSTITUCIONALMENTE  
NA CONSTRUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de mestre em Direito,  
no Programa de Pós-Graduação em Direito –  
Nível de Mestrado, da Faculdade de Direito do  
Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho

**POUSO ALEGRE - MG**

**2018**

## FICHA CATALOGRÁFICA

537e JARDIM, NEYMILSON CARLOS  
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA  
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UM CAMINHO ADEQUADO  
CONSTITUCIONALMENTE NA CONSTRUÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS. / NEYMILSON CARLOS JARDIM. Pouso Alegre:  
FDSM, 2018.  
166p.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho SILVA FILHO.  
Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito do Sul de Minas,  
Curso de Graduação em Direito.

1. Estado de Coisas Inconstitucional. 2. Sistema Penitenciário Brasileiro. 3. Direitos Fundamentais. I SILVA FILHO, Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho. II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Curso de Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

NEYMILSON CARLOS JARDIM

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO  
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UM  
CAMINHO ADEQUADO CONSTITUCIONALMENTE NA  
CONSTRUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação

05/12/2018

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho

Orientador - FDSM

---

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

FDSM

---

Prof. Dr. Régis Willyan da Silva Andrade

UNIPINHAL

**Pouso Alegre - MG 2018**

Aos meus pais e minha irmã, a quem eu dedico na íntegra  
esse trabalho.

À Alessandra, pela compreensão durante toda a minha  
ausência.

# **AGRADECIMENTOS**

À Professora Doutora Cláudia Mansani Queda de Toledo, por ter aceito o desafio de ser minha orientadora e não mediu esforços para uma profícua orientação, onde me permitiu ser aprovado na banca de qualificação.

Ao Professor Doutor Edson Vieira da Silva Filho, que após a banca de qualificação aceitou dar continuidade com auxílio incondicional na orientação da Prof. Dra. Cláudia, que por motivo de força maior se desligou da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

A todos os professores do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, que me auxiliaram no processo de conhecimento.

"Pouco importa às pessoas saber que têm os direitos reconhecidos em princípio, se o exercício deles lhes é negado na prática"

(Francisco Sá Carneiro)

## RESUMO

JARDIM, Neymilson Carlos. Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro: Um caminho adequado constitucionalmente na construção de direitos fundamentais. 2018. 166p. Dissertação – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

O plenário do Supremo Tribunal Federal em 2015, caracterizou o sistema penitenciário nacional como Estado de Coisas Inconstitucional, através da ADPF nº 347/DF. Desse modo, estamos diante de um instituto desconhecido e recente incorporado na jurisdição constitucional brasileira, pendente de julgamento do mérito pelo STF, com efeitos e reflexos totalmente obscuros. Assim, não pretendemos nessa pesquisa construir um modelo de técnica decisória do Estado de Coisas inconstitucional, mas analisar a viabilidade estrutural da incorporação na ordem jurídica constitucional brasileira. A noção de Estado de Coisas Inconstitucional teve sua construção jurisprudencial na Corte Constitucional da Colômbia em 1997, através da Sentencia de Unificación nº 559, na qual o Tribunal Constitucional colombiano não limitou-se a proferir sentenças inovadoras apenas no que diz respeito ao controle da constitucionalidade, mas também em termos de tutela. Essa criação jurisprudencial da Corte Colombiana, influenciou outras Cortes Constitucionais na América Latina, as quais também utilizaram desse fenômeno como mecanismo de concretude dos direitos fundamentais violados massivamente e generalizados pelos poderes públicos, como por exemplo a Corte do Peru. Assim, nosso objetivo foi analisar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, como um caminho adequado constitucionalmente na construção de direitos fundamentais. Para tanto, foi importante analisarmos a formação do instituto, influências recebidas das demandas estruturais da Suprema Corte Americana, a evolução do instituto na Corte Colombiana, e ainda a influência produzida no constitucionalismo latino-americano. Em seguida, analisamos a incorporação do instituto no Brasil, a evolução histórica da atuação do STF no controle da constitucionalidade das normas e das políticas públicas, bem como a política pública do Estado frente ao sistema penitenciário brasileiro, e ainda, o reconhecimento e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte brasileira. Ulteriormente, analisamos o transconstitucionalismo dos direitos fundamentais como possibilidade do deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional. E por fim, analisamos o reflexo no sistema penitenciário brasileiro após a decisão liminar do STF na ADPF 347/DF. A pesquisa apresentada nesta proposta utiliza o método dedutivo com uma abordagem qualitativa para análise da problemática. A guisa de conclusão, podemos afirmar que o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser integrada em nosso sistema constitucional, pois sua legitimidade foi construída através da hermenêutica constitucional, a partir da ausência de resposta própria e estruturada para resolver a questão das omissões inconstitucionais frente ao sistema penitenciário brasileiro. As técnicas e as táticas constitucionais existentes não são suficientes para impedir a violação dos direitos fundamentais dos presos, e diante dessa insatisfação, fora necessário buscar por alternativa constitucional adequada.

**Palavras-chave:** Estado de Coisas Inconstitucional; Sistema Penitenciário Brasileiro, Direitos Fundamentais.

# ABSTRACT

JARDIM, Neymilson Carlos. Unconstitutional State of things in the Brazilian Penitentiary System: A Constitutional Appropriate Path in the Construction of Fundamental Rights. 2018. 166p. Dissertation - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

The plenary of the Federal Supreme Court in 2015, characterized the national penitentiary system as Unconstitutional State of things, through ADPF nº 347/DF. Thus, we are faced with an unknown and recent institute incorporated in the Brazilian constitutional jurisdiction, pending judgment of merit by the STF, with effects and totally obscure reflections. Thus, we do not intend in this research to build a model of decision making technique of the Unconstitutional State of things, but to analyze the structural feasibility of incorporation into the Brazilian constitutional legal order. The concept of Unconstitutional State of things had its jurisprudential construction in the Constitutional Court of Colombia in 1997, through Judgment of Unification nº 559, in which the Colombian Constitutional Court did not limit itself to uttering innovatory sentences only with respect to the control of the constitutionality, but also in terms of guardianship. This jurisprudential creation of the Colombian Court has influenced other Constitutional Courts in Latin America, which have also used this phenomenon as a mechanism for the concreteness of fundamental rights violated massively and generalized by the public authorities, such as the Court of Peru. Thus, our objective was to analyze the institute of the Unconstitutional State of things, as an appropriate way constitutional in the construction of fundamental rights. Therefore, it was important to analyze the formation of the institute, influences received from the structural demands of the Supreme Court, the evolution of the institute in the Colombian Court, and also the influence produced in Latin American constitutionalism. Next, we analyze the incorporation of the institute in Brazil, the historical evolution of the STF's role in controlling the constitutionality of norms and public policies, as well as the State's public policy towards the Brazilian penitentiary system, as well as the recognition and application of Unconstitutional State of things by the Brazilian Court. Subsequently, we analyze the transconstitutionalism of fundamental rights as a possibility of the displacement of foreign constitutional jurisprudence into the national legal system. And finally, we analyze the reflex in the Brazilian prison system after the preliminary decision of the STF in ADPF 347/DF. The research presented in this proposal uses the deductive method with a qualitative approach to analyze the problem. As a conclusion, we can affirm that the Unconstitutional State of things can be integrated in our constitutional system, because its legitimacy was built through constitutional hermeneutics, from the absence of a proper and structured response to solve the issue of unconstitutional omissions in front of the system the Brazilian penitentiary. Existing constitutional techniques and tactics are not sufficient to prevent the violation of the fundamental rights of prisoners, and in the face of this dissatisfaction, it was necessary to search for an adequate constitutional alternative.

**Key-words:** Unconstitutional State of things; Brazilian Penitentiary System; Fundamental Rights.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL</b> .....	<b>15</b>
1.1 A formação do Estado de Coisas Inconstitucional .....	16
1.2 A Influência das demandas estruturais da Suprema Corte americana na Corte colombiana.....	25
1.3 Evolução do Estado De Coisas Inconstitucional .....	31
1.4 O Estado de Coisas Inconstitucional e sua influência no constitucionalismo latino-americano.....	41
<b>2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL</b> .....	<b>51</b>
2.1 Evolução histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das normas e das políticas públicas.....	52
2.2 A política pública do Estado frente ao sistema penitenciário brasileiro.....	71
2.3 O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal referente ao sistema penitenciário .....	82
<b>3. ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL</b> .....	<b>95</b>
3.1 Transconstitucionalismo dos direitos fundamentais como possibilidade do deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional.....	96
3.2 A necessária aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais dos presos brasileiro ...	108
3.3 O reflexo no sistema penitenciário brasileiro após a decisão liminar na ADPF 347/DF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil .....	126
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>137</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>144</b>

## INTRODUÇÃO

A realidade do sistema carcerário no Brasil é uma situação que necessita de reexame pelos Poderes Públicos e por toda a sociedade. O modelo prisional atual é dotado de dupla função: punir e recuperar o indivíduo. Contudo, não é isso que ocorre na prática, pois as pessoas que se encontram encarceradas são expostas a condições degradantes e cruéis, com violações a seus direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito, conforme instituído pela nossa atual Constituição da República, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, e como objetivo fundamental a promoção do bem estar de todos. Ou seja, é uma proteção constitucional o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais. Assim, se quisermos analisar o desenvolvimento contínuo e regular de uma sociedade, basta verificarmos o quanto ela protege a dignidade do homem.

No Brasil, a partir de um constitucionalismo contemporâneo, há uma contradição entre os direitos fundamentais constitucionais previstos para aqueles que se encontram em privação de liberdade e a sua concretização na realidade prisional, devido à incapacidade crônica dos poderes públicos em efetivar princípios e garantias, e, conseqüentemente de atingir seus objetivos constitucionais. A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais sociais, sendo desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de "plus normativo" do Estado Social de Direito.

Sendo assim, o seu enfrentamento pelos direitos sociais fundamentais é laborioso, na medida em que os Poderes Públicos tornaram os direitos fundamentais constitucionais um mero livro de intenções, produzindo um caos social. Desse modo, temos de um lado a ausência de políticas públicas dos Poderes Públicos destinada a cumprir os valores constitucionais. Do outro, o Judiciário buscando mecanismos efetivos de proteção das demandas individuais e sociais, bem como vincular os poderes ao cumprimento das regras constitucionais.

Neste contexto, não se pode aguardar as promessas descumpridas da modernidade, pois o poder de transformação social segue na direção da máxima efetividade dos direitos fundamentais. E, diante disso, a noção de Estado de Coisas Inconstitucional surgiu da construção jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia em 1997, através da Sentencia de Unificación nº 559, na qual o Tribunal

Constitucional colombiano não limitou-se a proferir sentenças inovadoras apenas no que diz respeito ao controle da constitucionalidade, mas também em termos de tutela. Sendo que o Tribunal avançou para uma nova modalidade de proteção dos direitos fundamentais e declarou um Estado de Coisas Inconstitucional, motivado por um grande conjunto de ações apresentadas na mesma situação<sup>1</sup>.

Pioneira, a Corte Constitucional Colombiana ainda realizou diversos reconhecimentos do Estado de Coisas Inconstitucional, referentes à omissão estatal na concretização dos direitos fundamentais sociais, por exemplo, na Sentença SU-090/00, e referente ao deslocamento forçado de pessoas, na Sentença T-025/04. Assim, o Estado de Coisas Inconstitucional refere-se à possibilidade da Corte Constitucional do país condenar o próprio Estado a implantar políticas públicas em casos de extrema gravidade estrutural. Em outras palavras, após constatar-se a contínua omissão dos Poderes Executivo e Legislativo do país, a Corte Constitucional poderá condenar o Estado a uma mudança drástica estrutural, através da adoção de medidas necessárias para que seja possível superar esse estado contrário à Constituição.

No momento atual, a globalização produziu efeito em todos os países, sendo que as adversidades constitucionais referentes aos direitos fundamentais não mais se limitaram geograficamente dentro de cada nação. Esse fenômeno surgiu devido a necessidade mundial na efetivação dos direitos humanos que fortaleceu de maneira significativa a partir do processo da globalização.

Na sociedade latino-americana não foi diferente, eis que foi marcada pela ruptura das fronteiras nas relações entre as nações. Sendo que as articulações internacionais entre os países trouxe o intercâmbio nas áreas econômicas, culturais, tecnológicas, promovendo mudanças profundas no quadro das relações sociais, com reajustamento social, político e jurídico.

Assim, a criação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Colombiana instigou as demais Cortes Constitucionais na América Latina, como Peru e Brasil. Tais cortes também utilizaram desse fenômeno como mecanismo de concretude dos direitos fundamentais violados massivamente e generalizados pelos poderes públicos em diversos âmbitos.

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Función Creadora del tribunal constitucional*. In Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxii - número 92 - enero-junio de 2011 • pp. 13-33

Neste contexto, no intuito de buscar uma resolução para o problema da omissividade estatal em relação a todos os encarcerados, saindo do contorno individual e ganhando dimensões *erga omnes*, o partido político brasileiro Socialismo e Liberdade - *PSOL*, em 27 de maio de 2015, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF nº 347/DF. Momento em que requereu que fosse o sistema penitenciário brasileiro declarado como Estado de Coisas Inconstitucional, ante as condições desumanas, degradantes e cruéis a que são expostos os detentos no sistema penitenciário brasileiro, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Mello.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, pela primeira vez na jurisdição constitucional brasileira, reconheceu em medida cautelar o chamado Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário nacional. Na apreciação das medidas cautelares suscitadas na ação, o plenário do Supremo Tribunal Federal, na citada ADPF 347/DF, reconheceu presente um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. E ainda analisou o próprio papel da suprema corte em situações de elevada inconstitucionalidade, deferindo parcialmente a cautelar pleiteada.

Sendo assim, estamos diante de um instituto desconhecido e recente incorporado na jurisdição constitucional brasileira, pendente de julgamento do mérito pelo STF, com efeitos e reflexos totalmente obscuros na jurisdição constitucional brasileira. Assim, não pretendemos nessa pesquisa construir um modelo de técnica decisória do Estado de Coisas inconstitucional, mas analisar a viabilidade estrutural da incorporação na ordem jurídica constitucional brasileira.

Daí nasce o debate que se estabelece nesta pesquisa, cujo objetivo foi analisar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, como um caminho adequado constitucionalmente na construção de direitos fundamentais. Para essa análise, fez-se necessária uma reflexão referente ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, seu surgimento, influências recebidas das demandas estruturais da Suprema Corte americana, a evolução do instituto na Corte colombiana, e ainda a influência produzida no constitucionalismo latinoamericano.

Também foi importante analisar a incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, a evolução histórica da atuação do Supremo Tribunal

Federal no controle da constitucionalidade das normas e das políticas públicas, a política pública do Estado frente ao sistema penitenciário brasileiro e ainda o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte brasileira referente ao sistema penitenciário. Posteriormente, buscou-se analisar a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como potencial transformador da realidade do sistema penitenciário brasileiro, bem como analisar o transconstitucionalismo dos direitos fundamentais como possibilidade do deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional.

E como cerne da pesquisa, buscou-se analisar a necessidade da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais dos presos. E, por fim, analisar o reflexo no sistema penitenciário brasileiro após a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

Partimos das hipóteses de que: a) A criação jurisprudencial do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Colombiana influenciou o constitucionalismo latino-americano; b) O deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional, ocorreu devido ao transconstitucionalismo dos direitos fundamentais; c) A incorporação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil é compatível com a realidade e o sistema constitucional brasileiro; d) a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional em nosso país pode resolver o problema do caótico sistema carcerário brasileiro; e) A violação massiva dos direitos fundamentais dos presos e as falhas estruturais dos poderes públicos no Brasil tornam necessária a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais dos presos; f) O reconhecimento liminar do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal produziu reflexo positivo no sistema penitenciário brasileiro; g) O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser considerado um potencial transformador da realidade do sistema penitenciário brasileiro.

Com a caracterização do sistema penitenciário nacional como Estado de Coisas Inconstitucional e o deferimento parcial de medida cautelar pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, através da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF nº 347/DF, ficamos diante de um instituto incorporado da Corte

Constitucional colombiana até então desconhecido no país, com efeitos e reflexos totalmente obscuros na jurisdição constitucional brasileira.

Por fim, destaque-se que esta pesquisa contribuirá para sistematizar um conhecimento embrionário existente a respeito do tema. Eis que contribuirá tanto para a sociedade como para o estudo do constitucionalismo no Brasil, considerando que não existe sequer decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, haverá um grande reflexo social e jurídico, frente à nova fórmula judicial brasileira de tentar resolver a violação sistêmica dos direitos fundamentais e a falha estrutural dos Poderes Públicos.

A pesquisa apresentada nesta proposta utilizará o método dedutivo e terá uma abordagem qualitativa para análise da problemática. Para tanto, será realizada através de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de bibliografias nacionais e estrangeiras sobre o tema, pesquisa jurisprudencial da Corte da Colômbia, Corte do Peru e do Supremo Tribunal Federal sobre a temática. Utilizando, ainda, os fundamentos das decisões judiciais, inclusive no direito comparado.

Trabalhamos essencialmente com o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que iniciou o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, através de sua tese para obtenção do título de Doutor. Tendo como orientador o Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento, que foi um dos advogados que ajuizaram a ADPF 347/DF no Supremo Tribunal Federal, na qual foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional. Argumentam, ainda, de forma semelhante, outros autores, como George Lima, Dirley da Cunha Junior, Andrey Arruda, Marcelo Novelino, Daniel Lage e Andrey Bruggner, referente à possibilidade de utilização pelo Supremo Tribunal Federal da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, no intuito de ampliar a efetividade dos direitos fundamentais dos presos.

Lado outro, trouxemos para discussão uma parcela da doutrina que é crítica ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, por exemplo, Rubens Glezer e Eloísa Machado, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, Thiago de Oliveira Sifferman e Anderson Luiz Silva, e Lenio Streck, que sustentam que o instituto é uma forma de ativismo judicial camuflado. Isto devido às tensões entre os poderes tornarem o Judiciário cada dia mais forte, bem como que invocar o Estado de Coisas Inconstitucional pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina.

Na linha intermediária, quanto ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, trouxemos os autores Bezerra e Viera, Schinemann e Guilherme Peña De Moraes, que defendem que o uso do instituto deve ocorrer de modo dialogado com o já construído modelo colombiano, de modo a aperfeiçoar os mecanismos de operação e afastar as vicissitudes. Neste cenário de análise do instituto no Brasil, foi necessário estabelecer um debate entre os autores defensores, críticos e que possuem uma posição intermediária sobre o tema, trazendo à baila os elementos de convergência e divergência das argumentações, para posicionar sua utilização com todo rigor que se exige de uma Corte Constitucional, para assegurar a máxima efetividade e evitar a banalização do instituto.

Portanto, retomando as hipóteses, pode-se inferir, em conclusão, como afirmativa a resposta para todas as hipóteses desta pesquisa, podemos afirmar que o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser integrado em nosso sistema constitucional, pois sua legitimidade foi construída através da hermenêutica constitucional, a partir da ausência de resposta própria e estruturada para resolver a questão das omissões inconstitucionais frente ao sistema penitenciário brasileiro. As técnicas e as táticas constitucionais existentes não são suficientes para impedir a violação dos direitos fundamentais dos presos, e diante dessa insatisfação, fora necessário buscar por alternativa constitucional adequada, sendo necessária a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional como um mecanismo de concretização dos direitos fundamentais dos presos brasileiros.

## 1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Para que seja exequível abordar a temática do Estado de Coisas Inconstitucional, neste capítulo inaugural será identificado, retrospectivamente, a sua formação e, com isso, será estabelecido um marco no constitucionalismo latino-americano. Pensando nesse processo histórico, num primeiro momento, será tratada a construção do instituto, para nos permitir compreender com clareza a época e os motivos determinantes ou que contribuíram de forma fundamental para seu surgimento, contextualizando o momento histórico do nascedouro, e a função inicial e originária desse instituto jurídico.

Num segundo momento, serão analisadas as influências para a construção da figura do Estado de Coisas Inconstitucional, com identificação dos principais antecedentes para a formação do conceito, concepção e aplicação do instituto. E, posteriormente, será tratada a evolução do Estado de Coisas Inconstitucional, uma vez que nenhum instituto jurídico nasce pronto, na medida em que sua evolução ocorre ao longo do tempo, com aprimoramentos dos seus conceitos e pressupostos. Assim, serão analisados quais os elementos que foram decisivos nos primórdios, mas que foram desagregados durante o desenvolvimento progressivo, até chegar ao conceito do Estado de Coisas Inconstitucional, com elementos bem delineados no seu aperfeiçoamento.

Num último momento, será analisado se a figura do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional produziu alguma influência no constitucionalismo latino-americano, na medida em que sua criação inaugurou um marco no constitucionalismo dos países da América Latina, estabelecendo um quadro de intensas transformações no cenário constitucional.

A Corte Constitucional da Colômbia criou a figura jurídica do Estado de Coisas Inconstitucional proposto pelo magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz<sup>2</sup>. Temos assim que foi na década de 90 que a Corte da Colômbia iniciou o processo de construção jurisprudencial do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional.

---

<sup>2</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional"*. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 212.

## 1.1 A formação do Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional teve sua construção no julgamento pela Corte Constitucional Colombiana da ação de tutela<sup>3</sup> SU-559<sup>4</sup>, de 6 de novembro de 1997, na qual foi declarado um estado contrário à Constituição, devido à omissão de dois municípios de Bolívar em afiliar seus professores ao Fundo Nacional para Benefícios Sociais do Magistério, apesar do fato de que as deduções correspondentes foram feitas a partir dos salários ganhos<sup>5</sup>.

Contudo, Ariza nos ensina que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano, existem direitos fundamentais sem nome. Isto é, direitos que estão ligados à dignidade humana e que podem ser razoavelmente deduzidos a partir de uma interpretação ampla do texto constitucional, sem que seja explicitamente declarado, e reconhecidos através de uma ação de tutela:

The Colombian Constitutional Court has established a series of statements to identify those rights that would be enforceable through the courts, primarily through the filing of an acción de tutela. Since the issuance of the Constitution, the Court defended a non formal approach to the definition of fundamental rights, stating that fundamental rights subject to immediate application are not only those defined as such by the constitutional text<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Uma das principais inovações introduzidas na Constituição colombiana de 1991 foi a ação dos mecanismos de tutela, precaução, subsidiária, preferencial, breve e sumário, através dos quais qualquer pessoa, por si mesma ou por alguém agindo em seu nome, pode reivindicar perante os juízes a proteção de seus direitos constitucionais fundamentais, sempre que sejam violados ou ameaçados pela ação ou omissão de um serviço público ou cuja conduta afete séria e diretamente o interesse coletivo ou o respeito daqueles que o solicitante estiver em estado de suborno ou em defesa. (HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional"*. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Ano 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.p. 203-204.

<sup>4</sup> COLÔMBIA. *Corte Constitucional Da República Da Colômbia. Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>5</sup> LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. *La Figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*. In Revista Mario Alario D'Filippo, v. 3, n. 1, 2011, p. 73.

<sup>6</sup> ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159.

O Estado de Coisas Inconstitucional foi considerado uma inovação constitucional, ao ser declarado inauguralmente na Sentencia de Unificación (SU) nº 559 de 1997<sup>7</sup>. Na ação em questão, professores de diversos municípios alegaram o não recebimento de benefícios previdenciários, apesar dos descontos em seus salários, sendo que os municípios tinham a obrigação de afiliá-los ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério, fato que não ocorreu, eis que o dinheiro descontado foi utilizado com outra finalidade (saúde). E, desse modo, a não inscrição no fundo previdenciário violaria os direitos à vida, à saúde, à segurança social e trabalho<sup>8</sup>.

O caso pioneiro julgado na sentença SU-559/97, tratou-se de um grupo de 45 professores dos Municípios de María La Baya e Zambrano (Bolívar), que instituíram ações de tutela contra seus respectivos chefes do Executivo Municipal, pela omissão em afiliá-los ao Fundo de Benefício Social do Magistério, o que fez com que os professores deixassem de receber os respectivos benefícios sociais em questões de saúde. Apesar disso, foram deduzidos 5% dos seus salários, como contribuição para o pagamento de benefícios<sup>9</sup>. O plenário<sup>10</sup> da Corte Constitucional colombiana ao julgar a referida ação de tutela SU-559/97 analisou os seguintes temas: tratamento de um estado de coisas contrárias à Constituição Política; distribuição da localização fiscal em questões educacionais; afiliação de professores de entidades territoriais ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>8</sup> SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro*. Revista Quaestio Iuris, v. 08, n.04, p. 2596-2612.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional"*. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003. p.212.

<sup>10</sup> O Plenário do Tribunal Constitucional da Colômbia, ao julgar a sentença SU 559/97 era composto por seu presidente Antonio Barrera Carbonell, e juízes Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz e Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>11</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

Neste citado julgamento, o Tribunal Constitucional da Colômbia, ao julgar, poderia ter se limitado a declarar a violação dos direitos subjetivos dos demandantes. Porém, o juiz constitucional considerou necessário aprofundar o problema da garantia objetiva dos direitos fundamentais:

(...) la Corte Constitucional hubiese podido limitarse, en el mejor de los casos, a declarar la vulneración de los derechos subjetivos de los accionantes debido a la omisión en la que incurrieron las autoridades públicas municipales, es decir, a explorar simplemente la dimensión subjetiva de aquéllos. No obstante el juez constitucional consideró necesario ahondar en el problema de la garantía objetiva de los derechos fundamentales, es decir, en el fondo del problema, examinando las cifras sobre afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio junto a la inequitativa distribución del situado fiscal entre los departamentos y municipio del país<sup>12</sup>.

Desse modo, tratou-se de uma decisão paradigmática, pois o Tribunal Constitucional poderia ter se limitado, na melhor das hipóteses, a declarar a violação dos direitos subjetivos dos demandantes devido à omissão em que as autoridades públicas municipais incorreram, isto é, explorar simplesmente a dimensão subjetiva daqueles. Porém, a Corte Constitucional considerou necessário aprofundar o problema da garantia objetiva dos direitos fundamentais. E, para tanto, passou a examinar o número de afiliados ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério, bem como a distribuição desigual dos professores entre os departamentos e municípios do país<sup>13</sup>.

Neste contexto, o colegiado do Tribunal Constitucional colombiano, na referida ação, analisou a situação colocada pelos professores a partir de uma perspectiva dupla. Por um lado, trata-se um problema geral que afeta um número significativo de professores<sup>14</sup> no país e cujas causas estão relacionadas à execução

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional"*. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003. p.212.

<sup>13</sup> COLÔMBIA. *Corte Constitucional Da República Da Colômbia. Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>14</sup> Segundo a sentença 559/97, os professores nacionais e professores nacionalizados até 30/05/97 são pagos com recursos da administração fiscal. O mesmo acontece atualmente com os professores financiados e co-financiados. Isso significa que o número total de professores filiados ao Fundo Nacional de Benefício Social do Magistério, 94,92% foi dinheiro que vem diretamente da nação, enquanto as autoridades locais têm contribuído apenas 5,08% das afiliações. Esta enorme diferença é explicada em grande parte pela proporção desigual de professores pagos com recursos fiscais

desordenada e irracional da política educacional<sup>15</sup>. Por outro lado, a ação de tutela comprometeu muito além de dois municípios<sup>16</sup> que, devido à falta de recursos, não cumpriram efetivamente suas obrigações previdenciárias para os educadores que instituíram a ação de tutela<sup>17</sup>.

Na ação de tutela em que houve o primeiro reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Constitucional abordou um complexo problema processual para garantir a vigência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais dos professores municipais. O que ocorreu mediante um instrumento jurídico que foi projetado para amparar situações individuais e concretas, com efeito das decisões limitados às partes no processo<sup>18</sup>.

---

situados e pagos com recursos próprios das autoridades locais sobre o total educadores oficiais (75,1% e 24,9%, respectivamente). No entanto, o número de professores pagos com recursos das autoridades locais tem sido associada com o Fundo é muito baixa, em comparação com os professores totais pagos dessa forma (68.222) apenas valores a ser 15,30% desse valor, enquanto que no caso dos professores pagos por meio de apoio fiscal os valores de adesão a 94,60% do número total de professores pagos por esse meio (206.053). (COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>15</sup> No mesmo julgamento da sentença 559/97 a Corte cita que o relatório do Ministério da Educação de 10 de junho de 1997, afirma-se que, de acordo com os cálculos do Ministério, de acordo com o Decreto 196 de 1995, aproximadamente 60.000 professores devem ser filiados ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais dos Professores da ordem territorial. Deste número, 2.661 seriam professores financiados; 11.576 co-financiados, e 45.763 pagos com recursos próprios das entidades territoriais. Até agora, 13.070 professores territoriais foram afiliados ao Fundo (isto é, 21,78% do total), distribuídos da seguinte forma: 762 educadores financiados, 1.935 co-financiados e 10.373 pagos com recursos próprios. (COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>16</sup> Segundo a Corte os números acima mostram, então, que até agora uma porcentagem muito pequena de professores na ordem territorial foi afiliada ao Fundo Nacional para Benefícios Sociais de Professores, uma situação que adverte que a irregularidade denunciada por professores aqui reivindicantes não se limita a os municípios de Zambrano e María la Baja, mas revela um estado de coisas de natureza geral. A esse respeito, é importante mencionar que o Ministério informa que dos 1.061 municípios e 4 distritos existentes no país, apenas 126 municípios e o Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá afiliaram legalmente seus educadores ao Fundo, o que significa que 935 municípios e 3 distritos ainda não cumpriram os procedimentos necessários para o registro de seus professores no referido Fundo.

<sup>17</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional"*. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p.212.

Um dos critérios aceitos pela Corte, na ocasião, para adotar tal declaração de tamanho efeito, foi a possibilidade de superlotação do poder judiciário com o ajuizamento de novas demandas judiciais por outros professores que se sentissem lesados. Tendo em vista que fora constatado que a violação dos direitos fundamentais, nesse caso, atingia a um grandioso número de pessoas<sup>19</sup>.

Clara Inés Vargas Hernández explica que atrás dessa dificuldade de ordem processual está subjacente a discussão doutrinária sobre a compreensão dos direitos fundamentais como simples direitos subjetivos. Ou melhor, ir além e concebê-los como princípios constitucionais que impõem deveres de ação às autoridades públicas. O que justificaria que o juiz constitucional analisasse, no cenário de tutela, as situações estruturais e, assim, a eficiência e efetividade de algumas políticas públicas, sendo este o caminho escolhido pelo Tribunal no seu acórdão SU-559/97, utilizando para esse efeito uma figura que designou por Estado das Coisas Inconstitucional<sup>20</sup>.

Os elementos marcadamente associados à declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, na precursora Sentencia SU-559/97, são o dever de colaboração que a Corte Constitucional tem para com os demais órgãos do Estado, e a importância de se prevenir a multiplicação desmedida de ações de tutela<sup>21</sup>. Pois, ao julgar a ação de tutela SU-557/97<sup>22</sup>, o Tribunal questiona se verifica se a omissão do comportamento indicado viola a Constituição Política, e ainda se é possível que esta Corte, por suas funções, possa emitir uma ordem às autoridades públicas competentes, a fim de que, o mais rapidamente possível, adotem-se as medidas necessárias para eliminar os fatores que influenciam na geração de um estado de

---

<sup>19</sup> MAYER, Willian da Silva; MORAES JUNIOR, Martin Cabeleira de. *O estado de coisas inconstitucional colombiano frente à constituição brasileira*. Revista Científica do Curso de Direito. Direito, Cultura e Cidadania. Osório, v. 7, n. 1, 2017.

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional"*. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003. p.212.

<sup>21</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Estado de Coisas Inconstitucionais e Bloqueios Institucionais: desafios para a construção da resposta adequada*. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>22</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

coisas que é abertamente inconstitucional. E respondeu afirmativamente esta questão, pelas seguintes razões:

(1) O Tribunal Constitucional tem o dever de colaborar harmoniosamente com os outros órgãos do Estado para a realização dos seus propósitos (C.P. art. 113). Da mesma forma que a autoridade competente deve ser notificada da ocorrência de um crime, não está claro por que a notificação de que um certo estado de coisas viola a Constituição Política, deve ser omitida. (2) O dever de colaboração torna-se imperativo se o remédio administrativo apropriado puder evitar o uso excessivo da ação de tutela. Os recursos disponíveis para a administração da justiça são escassos. Se pedir o cumprimento diligente das obrigações constitucionais em uma determinada autoridade, ajuda a reduzir o número de casos constitucionais, que, de outra forma, inevitavelmente, seriam apresentados, tal ação também se destaca como um meio legítimo através do qual o Tribunal exerce a sua função de guardião da integridade da Constituição e da eficácia dos seus mandatos<sup>23</sup>.

Pietro Alarcon, em resumo da sentença SU 559-97, destaca alguns parâmetros de interpretação levados em conta pelo plenário da Corte Constitucional da Colômbia naquela ocasião:

a) a Corte assume a tarefa de colaborar de maneira harmônica com o restante de órgãos do Estado para a realização de seus fins. Do mesmo modo que se deve comunicar à autoridade competente a notícia relativa à comissão de um delito, não há razão para omitir a notificação de que um determinado estado de coisas resulta violador da Constituição; b) para a Corte, a guarda da Constituição implica sua legitimidade para instar o cumprimento das obrigações constitucionais pelas quais deve responder uma autoridade, evitando-se a utilização excessiva dos mesmos recursos jurídicos para o mesmo fim; c) o ECI deve guardar relação direta com a violação dos direitos fundamentais; d) a Corte sustenta que, neste caso, a notificação da irregularidade existente poderá ser acompanhada de um requerimento específico ou genérico dirigido às autoridades para que realizem ou se abstenham de realizar uma ação e, finalmente, e) a Corte expande os efeitos da sua decisão expondo “[...] a circunstância de que o estado de coisas não somente serve de suporte causal da lesão jusfundamental examinada, senão que, ademais, em relação com situações semelhantes, não restringe o alcance do requerimento que se formule”.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”*. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003. p.212.

<sup>24</sup> ALARCON, Pietro. *Interpretação constitucional no Brasil*. coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. ISBN 978-85-8191-065-9. p.89.

A declaração do Estado Inconstitucional das Coisas é mais do que uma técnica<sup>25</sup> para alcançar a eficácia ultra partes de uma sentença. Trata-se, na realidade, de uma resposta implementada por alguns tribunais e Tribunais Constitucionais:

La declaración del Estado de Cosas Inconstitucional (en adelante, ECI) ha sido reconocida desde su creación como una *técnica* para extender los efectos de una sentencia de tutela de derechos fundamentales a sujetos que no son parte del proceso. Sin embargo, es más que una técnica para lograr la eficacia ultra partes de una sentencia; se trata en realidad de una respuesta implementada por algunos Tribunales y Cortes Constitucionales para resolver un litigio que revela problemas estructurales de fondo, es decir, que involucran la revisión y/o adopción de políticas públicas y la necesaria interrelación entre poderes del Estado<sup>26</sup>.

Assim, a criação jurisprudencial do Estado de Coisas Inconstitucional, na decisão SU-559 de 1997, emergiu como uma resposta judicial à necessidade de reduzir, em certos casos, a dramática separação existente entre as consagrações da normatividade e a realidade social de um país tão particularmente garantido em suas normas como desiguais em sua realidade<sup>27</sup>. Podemos considerar assim, que o Estado de Coisas Inconstitucional é o mecanismo jurídico criado jurisprudencialmente pela Corte Constitucional da Colômbia para prolatar uma sentença declarativa na qual se caracterizam determinadas situações entendidas como contrárias à Constituição por violarem de maneira massiva, generalizada e persistente os direitos fundamentais e os princípios que regem a Constituição<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> O termo técnica é o procedimento intelectual ou cognitivo que deve ser usado pelo juiz constitucional quando ele percebe a necessidade de resolver com eficiência um litígio estrutural, dando eficácia ultra partes à sua sentença (ARMAS, Renato Vásquez. *La técnica de declaración del "Estado de cosas Inconstitucional" Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano*. Revista Ius Et Veritas 41.2010. p. 128-147.

<sup>26</sup> ARMAS, Renato Vásquez. *La técnica de declaración del "Estado de cosas Inconstitucional" Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano*. Revista Ius Et Veritas 41. 2010. p. 128-147. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>27</sup> JARAMILLO, Leonardo García. *Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional*. Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVIII. Nº 152, diciembre 2011. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>28</sup> SCHINEMANN, Caio César Bueno. *Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016.

A criação deste mecanismo somente foi possível uma vez que a Constituição Política da Colômbia de 1991<sup>29</sup> contemplou um fortalecimento da democracia, ao assegurar constitucionalmente os direitos fundamentais. O pleno desenvolvimento desse catálogo de direitos fundamentais depende, em grande parte, da implementação de políticas públicas pelos Poderes Públicos. Não obstante, haverá situações em que essas políticas públicas se demonstrarão absolutamente ineficazes, ou mesmo inexistentes, de modo que um número expressivo de pessoas experimentará graves violações de direitos fundamentais em face de falhas estruturais do Estado<sup>30</sup>.

Detectado esse "pernicioso" distanciamento entre previsão e concretização constitucional, comprometedor da força normativa e da integridade sistêmica da Constituição, a Corte Constitucional deverá, sempre que provocada, dialogar com as autoridades competentes para que, dentro de um tempo razoável, adote as medidas necessárias para correção e superação desta situação. Sendo que foi nesse contexto de crise institucional que a Corte Constitucional da Colômbia forjou a técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>31</sup>.

Num processo histórico, a Corte Colombiana se revela como um órgão ativista e popular, sendo que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional não significou um comportamento extravagante, mas um estágio avançado da sua contínua postura ativista em defesa dos direitos fundamentais dos mais carentes e marginalizados da sociedade<sup>32</sup>.

Esse aumento da importância do poder judiciário ocorreu devido ao atraso nas metas constitucionais e à inclusão de direitos e garantias no corpo constitucional colombiano, o que resultou em inúmeras ações individuais com vistas à satisfação de direito constitucional. Sendo que a situação de violação do direito generalizada

---

<sup>29</sup> COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia. Bogotá 1991*. Disponível em: <<http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>> Acesso em: 19 de abril de 2018.

<sup>30</sup> CURSINO, Bruno Barca. *O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 89-121 – jul./dez. 2017.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> NUNES, Paula de Siqueira. *A declaração do sistema penitenciário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional à luz da ADPF 347 do STF*. Trabalho de conclusão de Curso. Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). 2017.

permanecia, o Estado se mantinha inerte e a realidade fática de negligência ao mandamento constitucional era constante<sup>33</sup>.

Em resumo, o Estado de Coisas Inconstitucional, por sua origem, pode ser explicado a partir dessa corrente lógica de fatos, na qual as pessoas começaram a manejar cada vez mais ações de tutela para coibir o Estado a realizar seu direito. Já a Corte Constitucional foi abarrotada por essas ações até que proferiu sentença que reconhece um Estado de Coisas Inconstitucional, caracterizado por uma situação concreta permanente e pungente de violação de direitos fundamentais em que o Estado se mantém omissivo<sup>34</sup>.

O Estado de Coisas Inconstitucional se caracteriza quando o Tribunal verifica um ambiente de violação de direitos reiterados e massivos, que vem de ações ou omissões de várias instituições. E isso aguça a profunda crise econômica e desigualdade social, demonstrando incoerência entre os princípios sociais incorporados no ordenamento jurídico e o seu efetivo cumprimento<sup>35</sup>.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma que, quando se declara um Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte afirma existir um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional, e, diante da gravidade excepcional do quadro, a Corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas, em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidade<sup>36</sup>.

Diante desse contexto colombiano, surgiu o Estado de coisas inconstitucional, para superar o modelo individual e particular de proteção jurídica, o qual havia

---

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> SILVA, Mariane Vargas. *Ativismo na Corte Constitucional Colombiana e a figura do “Estado de Coisa Inconstitucional”*. Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2015.

<sup>35</sup> CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. *Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente*. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, XVIII (Enero-Junio), p.121-134. 2015.

<sup>36</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodium, 2016. pag. 95-96.

ocasionado uma multiplicidade de demandas repetitivas. Portanto, a função originária do instituto foi suprir a ausência de um sistema jurídico-processual coletivo, ou mesmo abstrato, de proteção dos direitos fundamentais violados, e abranger não apenas as pessoas que ajuizaram a ação, mas todas as afetadas. Sendo chamados nos autos todos os órgãos que pudessem, de alguma forma, contribuir para a solução da violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais.

## 1.2 A Influência das demandas estruturais da Suprema Corte americana na Corte colombiana

O mecanismo criado pela Corte Constitucional colombiana, denominado Estado de Coisas Inconstitucional, para tirar da inércia os Poderes Públicos que descumpriam os direitos fundamentais previstos na constituição, foi inspirado em demandas estruturais da Suprema Corte americana:

Este mecanismo ha sido creado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional de Colombia. Sin embargo, no menos cierto es que este modelo de institución procesal ya se aplicaba en otros ordenamientos jurídicos, tal como en Estados Unidos a mediados del siglo pasado donde existió una controversia doctrinal y jurisprudencial que surgió entre los defensores de la “political question doctrine” y de aquellos que defendían la “structural remedies”<sup>37</sup>.

A Corte da Colômbia, na decisão que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em 1997, reconheceu a influência do conceito nas exposições norte-americanas sobre a doutrina da questão política e dos remédios estruturais:

La noción del “Estado de cosas inconstitucional” se formalizó, por primera vez, en el año de 1997 en el contexto colombiano, a través de la sentencia de la Corte Constitucional SU-559/97. La referencia inicial efectuada por la Corte Constitucional colombiana hacía alusión a aquello que podría denominarse como una afectación, falla índole estructural del Estado colombiano en y por razón de la garantía, protección y ejecución de los postulados constitucionales, especialmente, en materia de los derechos fundamentales. **En este sentido, en el año 2003, la Corte Constitucional**

<sup>37</sup> LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapata. *Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado*. IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho, (ene. - jul. 2014), Año 4. n°. 7, pp. 220-233.

**reconoce la influencia en la estructuración del concepto en las exposiciones norteamericanas respecto a “political question doctrine” y “structural remedies”<sup>38</sup>.**

Desse modo, para poder falar sobre a instituição legal do Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolvida pela Corte Constitucional colombiana, é necessário recorrer a seus dois principais antecedentes: a controvérsia doutrinária e jurisprudencial da "*political question doctrine*"<sup>39</sup> e dos "*structural remedies*"<sup>40</sup> e a teoria do neoconstitucionalismo ideológico<sup>41,42</sup>.

<sup>38</sup> CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. *Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina*. Athenas, Vol I, N° 2, Brasil, 2012.

<sup>39</sup> Segundo Germán Santiago Montenegro a doutrina da "*political question doctrine*" foi elaborada pela Suprema Corte americana em casos famosos como Luther v Borde, Baker vs Carr Powell vs. McCormack e Alfred Dunhill da London Inc. vs. República do Cub, suas principais características são: 1.- O caso começa a partir de uma violação individual de um direito fundamental e, portanto, procura restaurar o status quo; 2.- Algumas partes concretas e determinadas chegam ao processo; 3.- Falha baseada em precedentes e princípios neutros; 4.- O julgamento tem efeitos interpartidários; 5.- Uma vez adotada a decisão, a Suprema Corte perde a competência para assegurar o cumprimento, que permanece nas mãos dos Tribunais Federais; 6.- O juiz é passivo perante a situação geral e 7.- O objetivo final do processo é reforçar o princípio da submissão do poder público à Constituição. (MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015. p. 19.

<sup>40</sup> Segundo Montenegro o "Structural Remedies", é o antecedente jurisprudencial do famoso caso Brown II, com as seguintes características: 1.- A ação processual começa com a existência de uma violação sistemática dos direitos fundamentais de um grupo de pessoas e, portanto, a ordem judicial visa modificar um status injusto 2.- O processo judicial envolve um importante grupo de autoridades públicas; 3.- Os eventos descritos estão relacionados a políticas públicas; 4.- O julgamento não tem apenas efeitos interpartidários; 5. A Corte Suprema de Justiça mantém a sua competência para fiscalizar o cumprimento da sentença; 6.- O juiz constitucional não é neutro ou passivo perante a situação e 7) o objetivo da decisão judicial é garantir a validade de alguns princípios constitucionais. (MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 19.

<sup>41</sup> Segundo Gérman a teoria do neoconstitucionalismo é caracterizada principalmente pela expansão dos poderes do juiz constitucional, não apenas descrevendo as conquistas do processo de constitucionalização, mas também avaliando-as positivamente e defendendo sua defesa e expansão. Caracterizado por sua evolução contínua em direção a problemas centrais dos estados democráticos, como as garantias dadas pelo Estado e as maneiras pelas quais essas mesmas garantias vêm evoluindo. Em outras palavras, quando o nossa Corte Constitucional assume um neoconstitucionalismo ideológico, implica a importância da limitação do poder estatal, para a preeminência da necessidade de garantir os direitos fundamentais. (MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 19.

<sup>42</sup> MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la*

Apesar de o termo Estado de Coisas Inconstitucional ter sido cunhado pela Corte Constitucional colombiana, os elementos essenciais dessa técnica decisória já foram adotados anteriormente pelas Cortes Supremas dos Estados Unidos e Canadá<sup>43</sup>. Para Eduardo Sousa Dantas<sup>44</sup>, as demandas envolvendo falhas estruturais que violam direitos fundamentais iniciou-se nos Estados Unidos, a partir do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*<sup>45</sup>, em 1954, célebre caso que decidiu sobre a segregação racial no sistema de ensino no sul dos Estados Unidos.

Quanto às sentenças estruturantes, sua origem remonta ao Common Law estadunidense, com o termo *structural reform*, com destaque ao caso *Brown v. Board of Education* (1954), em que se enfrentou a segregação racial nas escolas. Neste caso, a Suprema Corte referiu-se às *structural injunctions* e aditou medidas para repelir uma série de situações graves e generalizadas que afrontavam a Constituição, especificamente a 14ª emenda<sup>46</sup>.

A Suprema Corte norte-americana, tendo ciência de que estaria promovendo uma verdadeira mudança social com massiva resistência dos conservadores do sul, adotou um modelo de progressiva superação da decisão que pôs fim ao precedente

---

*comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 20.

<sup>43</sup> CARVALHO, Guilherme Augusto Alves. *A aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira: entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a separação dos poderes*. Trabalho Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia. 2017.

<sup>44</sup> DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional*. Revista Constituição e Garantia de Direitos. v. 9 n. 2 (2016).

<sup>45</sup> U.S. COURT. *Brown v. Board of Ed. of Topeka*, Shawnee County, Kan., 347 U. S. 483 de 1954. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em 26 de março de 2018.

<sup>46</sup> HENNIG LEAL, Mônica Clarissa; DALENOGARE ALVES, Felipe. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Indutora de Políticas Públicas Estruturantes: O exemplo da educação em direitos humanos - Uma Análise Dos Casos Ximenes Lopes E Gomes Lund Versus Brasil - Perspectivas E Desafios Ao Cumprimento Das Decisões. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 15, p. 287-300, out. 2016. ISSN 1677-1419.

do *equal but separated*<sup>47</sup>. Porém, ainda assim, até meados da década de 1960, grande parte dos alunos negros ainda frequentava escolas segregadas<sup>48</sup>.

A questão da segregação racial nos Estados Unidos não foi eliminada nem com essas, nem com outras decisões judiciais. Todavia, a forma utilizada nesse julgamento permitiu a construção das bases para a idéia das *structural injunctions*<sup>49</sup>, como um instrumento mais maleável – e, até mesmo, dialogado – de solução das controvérsias, sendo que a partir do desenvolvimento dessa noção, vários provimentos estruturais têm sido usados pelos tribunais norte-americanos<sup>50</sup>. Eis que tem-se aí a intervenção judicial por meio de técnicas criativas, capazes de, ao menos, servir como centelha inicial do aperfeiçoamento de instituições e políticas públicas<sup>51</sup>.

O direito americano, por influência do inglês, conhece há séculos a *injunction*, que é remédio discricionário ligado à equidade e que se aplica de forma positiva ou proibitiva para a garantia de direitos não previstos na jurisprudência (*common law*) nem nas normas legais escritas (*statutory law*):

---

<sup>47</sup> Os afro-americanos recorreram aos tribunais para ajudar a proteger seus direitos constitucionais. Mas os tribunais desafiaram a legislação anterior dos direitos civis e deram lugar a uma série de decisões que permitiram aos estados segregar pessoas de cor. No caso central de Plessy v. Ferguson em 1896, os EUA A Suprema Corte determinou que instalações racialmente separadas, se iguais, não violam a Constituição. Segregação, disse o Tribunal, não foi discriminação. (*Separate Is Not Equal: Brown v. Board of Education*. National Museum of American History, Behring Center.)

<sup>48</sup> DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional*. Revista Constituição e Garantia de Direitos. v. 9 n. 2 (2016).

<sup>49</sup> Uma injunção estrutural é uma ordem judicial usada para forçar as instituições públicas, como escolas ou prisões, a cumprir os requisitos constitucionais ou estatutários. Por exemplo, uma ordem de dessegregação escolar é uma injunção estrutural. As liminares estruturais envolvem os tribunais nas políticas e práticas institucionais das entidades demandadas. (Legal Terms Dictionary Of Us Legal. Structural Injunction Law and Legal Definition. Disponível em: <<https://definitions.uslegal.com/s/structural-injunction/>>. Acesso em: 27 de março de 2018.

<sup>50</sup> Cita que talvez um dos exemplos mais interessantes seja a gestão judicial dada ao problema das prisões do Arkansas. A questão se inicia pelo julgamento do caso Holt v. Sarver I (300 F. Supp. 825), em 1969. A partir da inovadora decisão do juiz J. Smith Henley, e reconhecida a inconstitucionalidade do sistema prisional existente naquele Estado, estabeleceu-se várias diretrizes para a humanização dessas prisões, com a obrigação de se apresentar relatórios periódicos a respeito da implementação de tais medidas. Um ano mais tarde, o mesmo magistrado impôs ao comitê prisional do Arkansas a criação de um plano de ação (Holt v. Sarver II, 309 F. Supp. 362), seguindo-se ainda outras ordens, na tentativa de evitar o emprego de medidas desumanas ou penas desmesuradas. Essa discussão sobre as condições dos presídios naquele Estado norte-americano ainda perdurou por aproximadamente doze anos, mas o tratamento dado à questão desde o início demonstra exatamente o cerne da preocupação das decisões estruturais.

<sup>51</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista Jurídica Corregedoria Nacional: a atuação das Corregedorias na avaliação da efetividade do Ministério Público, volume IV/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília : CNMP, 2017. p.57.

Embora igualmente derivada da equity, é a structural injunction, também chamada administrative injunction ou affirmative injunction, empregada pelas cortes federais nos litígios sobre as reformas institucionais (institutional reform litigations), ao fito de promover o controle das instituições administrativas. A structural injunction é o mandado judicial que, fundado na equidade, estabelece normas a serem seguidas pelos outros poderes do Estado na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos americanos desrespeitados pelas instituições administrativas<sup>52</sup>.

A paradigmática decisão da Suprema Corte americana no caso *Brown v. Board of Education* marcou uma nova interpretação da cláusula “equal protection,” ou proteção igualitária, entendendo que ela não dá guarida a tratamentos diferenciados entre os cidadãos. Ademais, esse modelo visa resolver os conflitos que vão além da solução de conflitos limitados entre as partes, buscando, assim, uma solução das causas estruturais do problema para toda uma sociedade<sup>53</sup>.

No que se refere às sentenças estruturais, Néstor Osuna afirma que, de acordo com a ortodoxia constitucional, a atividade judicial em um sistema de filiação Romano-germânica limita-se à aplicação da lei em casos específicos, sem que os juízes sejam responsáveis pelo desenho ou implementação de políticas gerais em qualquer campo, uma vez que estas funções são reservadas ao legislativo e ao executivo. Porém, na proteção judicial dos direitos humanos, trouxe importantes mudanças para as democracias contemporâneas, entre as quais a abordagem inicial não tem mais a dureza que foi proclamada nos manuais de direito constitucional há 50 anos<sup>54</sup>.

Temos que analisar as sentenças estruturais, considerando-as como um princípio que faz parte da dinâmica dos Estados Unidos, mas que, em colisão com outros princípios, como os que garantem os direitos humanos, pode nem sempre prevalecer, perdendo seu caráter absoluto. Isto porque, na verdade, os juízes, na tarefa de proteger direitos e liberdades, fazem muito mais do que resolver casos específicos de violações dos direitos<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mandado de injunção e a legalidade financeira*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 187, p. 94-110, jan. 1992. ISSN 2238-5177.

<sup>53</sup> STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. *Constitutional Law: keyed to courses using*. Seventh. ed. New York: Wolters Kluwer, 2013.

<sup>54</sup> OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres Ejemplos de Colombia*. In BAZÁN, Victor (Ed) Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales nº 5: La protección de los derechos sociales - las sentencias estructurales. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 91.

<sup>55</sup> Ibidem.

Osuna afirma ainda que a partir de dados como o alcance supralegal desses direitos, seu efeito de irradiação em todas as áreas do direito, seu particular potencial expansivo ou a sua própria estrutura de princípios e não de regras, onde os juízes "especificam" o conteúdo e alcance dos direitos humanos e, portanto, assumem um papel que vai além de simples administradores de regras pré estabelecidas, sendo que naturalmente, a crise contemporânea da democracia representativa também reforçou o papel da jurisprudência constitucional em matéria de liberdades:

En esas coordenadas se inscriben las "sentencias estructurales" o "macro sentencias", por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a estos, esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes<sup>56</sup>.

Neste contexto, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, com a afirmação de seus pressupostos, configura uma "senha" ou um passaporte para as Cortes proferirem sentenças estruturais. Isto porque as "ordens estruturais" são comandos voltados a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam o litígio por reforma estrutural, pois não tratam apenas de determinar obrigações de fazer dirigidas às autoridades públicas para o cumprimento das prestações específicas. Eis que as sentenças estruturais voltam-se à reestruturação de instituições de governo, as alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais que podem alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias, ou seja, são remédios transformativos<sup>57</sup>.

Podemos concluir que as sentenças estruturais da Corte americana influenciaram a Corte colombiana na criação da figura do Estado de Coisas Inconstitucional. Pois, diante do reconhecimento da deficiência na estrutura dos poderes públicos e pela ausência de políticas públicas essenciais, os vários juízes

---

<sup>56</sup> OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres Ejemplos de Colombia*. In BAZÁN, Víctor (Ed) *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales nº 5: La protección de los derechos sociales - las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 91.

<sup>57</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodium, 2016. p. 189.

adotaram mecanismos para sanar essas situações de graves e massivas violações de direitos fundamentais, considerando que tal situação era incompatível com a Constituição. Com isso, deram transcendência aos efeitos decisórios de um caso concreto a fim de alcançar toda a coletividade.

### 1.3 Evolução do Estado De Coisas Inconstitucional

A criação jurisprudencial do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte colombiana, por sua evolução histórica, não nasceu pronta. Esse instituto veio evoluindo ao longo de cada decisão, através do aprimoramento de suas técnicas na defesa e concretude dos direitos fundamentais, não apenas dos litigantes processuais, mas de toda a coletividade.

A Constituição Política da Colômbia de 1991<sup>58</sup> deu ao Tribunal Constitucional a obrigação de manter e de rever as decisões judiciais relacionadas com a ação de tutela. Isto porque é dever do Tribunal Constitucional garantir a supremacia da Constituição e a unificação da doutrina e jurisprudência constitucional referente aos direitos fundamentais:

La Constitución de 1991 le dio a la Corte Constitucional la obligación de guardarla y - entre otras-, de revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela (artículo 241, 9 Constitución). Esa revisión concluye con un fallo en el que les halla la razón confirmándolas, las acoge parcialmente modificándolas o las revoca por considerar que han sido tomadas en contravía de la Constitución (Artículo 33 y ss. Decreto Numero 2591 de 1991), es decir, que tiene efectos en el caso concreto, por lo que se le comunica a la autoridad que falló en primera instancia para que esta adecue su actuación a lo dispuesto por la Corte (Artículo 7. Decreto 306 de 1992). Pero la revisión de tutela tiene una vocación que trasciende los eventos particulares en los cuales se fundamenta: "la revisión constitucional, más allá del estudio subjetivo y concreto del caso específico, tiene como fundamento principal el de lograr la unificación sistémica de la jurisprudencia y de la interpretación normativa de los jueces y magistrados conforme a los principios y derechos consagrados en la Constitución. El deber de esta Corporación, en consecuencia, es el de asegurar con esta figura, la supremacía de la Carta y unificación de la doctrina y jurisprudencia constitucional sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales (Corte Constitucional. Auto 204/06. Magistrado Ponente: Dr. Manue I José Cepeda Espinosa)<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá 1991. Disponível em: <<http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>> Acesso em: 19 de abril de 2018.

<sup>59</sup> MURCIA, Diana Milena. *Estado De Cosas Inconstitucional. Desplazamiento Forzado ¿Y Ahora Qué?* Corporación Jurídica Yira Castro. Primera edición. Bogota. D.C. Colombia. 2009. p. 5.

Esta autonomia prevista na Constituição confere ao Tribunal Constitucional um importante grau de liberdade e responsabilidade no momento de definir, subsidiariamente, a lei e seu direito processual. E ainda permite desenvolver princípios com pretensão de generalidade através da doutrina jurisprudencial e os precedentes vinculantes - *stare decisis*, de modo que possam ser aplicados a casos similares posteriores<sup>60</sup>.

Quando se fala em sentenças de unificação de jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, García<sup>61</sup> nos ensina que, através dessa decisão judicial, busca-se garantir os seguintes objetivos: 1) a eficácia dos direitos e colaborar na realização da justiça material; 2) procurar precisão; 3) conferir confiança e credibilidade da sociedade civil no Estado, a partir do princípio da boa fé dos juízes; 4) unificar interpretação razoável e diminuir a arbitrariedade; 5) permitir estabilidade; 6) Conceder segurança legal, materialmente justa e; 7) preencher a lacuna gerada pela ausência de mecanismos tutelares contra decisões judiciais.

O Tribunal Constitucional colombiano, utilizando de suas faculdades constitucionais, foi pioneiro na criação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, através da sentença de unificação de jurisprudência, na qual seus conceitos e elementos foram evoluindo ao longo do tempo. Aliás, a Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, já era conhecida pela concretização dos direitos fundamentais através do pluralismo jurídico e direito indígena<sup>62</sup>.

É de se notar que na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional tenha evoluído e os elementos que foram decisivos no ano de 1997, com a decisão da SU-1997, quando foram desagregados até terem elementos bem delineados no ano de 2004, com a prolação da sentença colegiada T-025. Isto porque na primeira abordagem ao conceito do Estado de Coisas inconstitucional, a Corte definiu que, verificado que o

---

<sup>60</sup> LANDA, Cesar. *Autonomía Procesal de Tribunal Constitucional: La Experiencia del Perú, en Derecho Procesal Constitucional*, Ius Et Veritas, Lima – Perú, 2011 p. 386.

<sup>61</sup> GARCIA, Hernán Alejandro Olano. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Universitas, núm. 108, diciembre, 2004, pp. 571-602. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

<sup>62</sup> BALDI, Cesar. *Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latino americano descolonizador*. In Revista de Derechos Humanos y estudios sociales, año V, n.9, enero-junio 2013, p. 54-55.

comportamento de omissão indicado viola a Constituição Política, é possível expedir uma ordem às autoridades competentes, a fim de que se possa, o mais breve possível, adotar medidas favoráveis para eliminar os fatores que influenciam na geração de um estado de coisas que é abertamente inconstitucional<sup>63</sup>.

Montenegro sustenta ainda que no primeiro reconhecimento do instituto, o Tribunal colombiano não tinha elementos claros, pois a Corte, no que pese reconhecer o estado das coisas contrário à Constituição, limitou-se apenas a emitir a notificação para as autoridades públicas competentes, para que fossem sanados os problemas dentro de um prazo razoável:

La C. Const. en esta sentencia de unificación tiene la seguridad de que mientras no se tomen medidas de fondo sobre los factores enunciados y los otros que los expertos puedan determinar, el problema planteado, que de suyo expresa un estado de cosas que pugna con la Constitución Política y sujeta a un grupo significativo de educadores a sufrir un tratamiento indigno, se tornará de más difícil solución y propiciará la sistemática y masiva utilización de la acción de tutela. Justamente, con el objeto de que el derecho a la igualdad de los educadores municipales no afiliados todavía al Fondo no se lesione, la Corte notificará la situación irregular que ha encontrado a las autoridades públicas competentes con miras a que éstas en un término razonable le pongan efectivo remedio, para lo cual deberá obrarse sobre las causas reales del fenómeno descrito. Como lo podemos observar en esta declaratoria la corte no tiene unos elementos claros como se los va haber más adelante para declarar el ECI<sup>64</sup>.

Quanto aos efeitos da sentença SU-599/97, Miguel Enrique Falla Ly e Sergio Enrique Zapata Tello<sup>65</sup> afirmam que o Tribunal Constitucional da Colômbia consolidou apenas 2 efeitos principais que podem ser extraídos: 1) a emissão de ordens para instituições públicas que são concatenadas pela falha estrutural que gera a violação maciça de direitos fundamentais para que implementem as medidas e políticas necessárias para cessar a referida violação; 2) a ampliação dos efeitos contraditórios da sentença, o que implica que as pessoas fora do processo possam

<sup>63</sup> MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 25.

<sup>64</sup> MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 25.

<sup>65</sup> LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapata. *Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado*. IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho, (ene. - jul. 2014), Año 4. n°. 7, pp. 220-233.

ir ao mesmo para obter a tutela sem a necessidade de um novo processo constitucional, com o tempo e a despesa que isso implica (incluindo os custos da administração de sentenças).

Assim, naquela ocasião, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte, em homenagem ao dever de colaboração harmônica entre os poderes, expediu apenas notificação às demais autoridades públicas, referente à existência de uma situação violadora da Constituição, e ampliou os efeitos entre as partes com intuito de evitar, inclusive, demandas repetitivas. Em resumo, a Corte se limitou à mera declaração da violação da Constituição pelo estado de coisas que ensejou o ajuizamento da ação de tutela, notificou os poderes públicos com um prazo razoável para a efetiva solução da causa e atribuiu efeito erga omnes à decisão.

Em outra oportunidade, a Corte colombiana também utilizou a figura do Estado de Coisas Inconstitucional em relação aos centros de reclusão do país, através da Sentença T-153/98<sup>66</sup>. O que ocorreu devido às prisões colombianas estarem caracterizadas pela superlotação, com graves deficiências em termos de serviços públicos e assistência, estarem marcadas pela violência, extorsão, corrupção e a falta de oportunidades e meios para a ressocialização dos internos.

Desse modo, a Corte considerou que esta situação dos presídios estaria totalmente de acordo com a definição do Estado de Coisas Inconstitucional e recomendou às autoridades públicas que elaborassem e implementassem um plano de construção e renovação de prisões. Além disso, que se determinasse um lugar especial para membros da segurança pública; a adoção de um mecanismo para separar o acusado do condenado, a organização da presença de juízes para a execução de sentenças e medidas de segurança nas prisões, bem como a adoção de medidas de proteção urgentes, estabelecendo as de caráter estrutural e permanente.

Temos assim que a decisão da Corte não usurpou a função iminente administrativa do Executivo, na medida em que a administração pública não tem discricionariedade desvinculada pois, em se tratando de política criminal, deve-se fazer adequações constitucionais. Assim, a Corte buscou soluções para situações

---

<sup>66</sup>COLÔMBIA. *Corte Constitucional Da República Da Colômbia*. Sentença T-153 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso: 19 de fevereiro de 2018.

de violação de direitos fundamentais de natureza geral - afetando uma multidão- e cujas causas são de natureza estrutural - isto é, em regra, não se originam exclusivamente da autoridade demandada. E, portanto, sua solução requer a ação conjunta de diferentes entidades<sup>67</sup>.

Lado outro, a segunda sentença da Corte Constitucional colombiana que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em relação às condições do sistema penitenciário nacional não ficou imune de receber críticas, na medida em que priorizou a construção de novos presídios como forma de superação do Estado de Coisas Inconstitucional. Porém, não houve enfrentamento das causas de hiperencarceramento constatadas, como a edição de leis penais mais rígidas (direito penal simbólico) e o excesso de decretação de prisões preventivas, bem como por não ter monitorado a implementação das medidas adotadas pelo Estado colombiano<sup>68</sup>.

Mesmo diante das críticas acima, a Corte Colombiana, através da sentença de tutela SU.090/00<sup>69</sup>, reconheceu novamente o Estado de Coisas Inconstitucional. Desta vez, relacionado com a vulnerabilidade sistemática por omissão no pagamento de aposentadorias a vários cidadãos pelo Fundo de Previdência Social do Magistério e ao Fundo de Pensão Territorial do Estado de Chocó. E estabeleceu os seguintes pressupostos:

O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional se baseia nas situações em que (1) há uma violação repetida dos direitos fundamentais de muitas pessoas - que podem então recorrer à ação de tutela para obter a defesa de seus direitos - e (2) quando a causa dessa violação não é atribuível apenas à autoridade demandada, mas se baseia em fatores estruturais<sup>70</sup>.

Neste contexto, Montenegro afirma que a Corte Constitucional colombiana, na sentença SU-090 de 2000, trouxe outra definição do Estado de Coisas

---

<sup>67</sup> GUIMARÃES, Mariana Rezende. *O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017. p. 84.

<sup>68</sup> GUIMARÃES, Mariana Rezende. *O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017. p. 84.

<sup>69</sup> COLÔMBIA. *Corte Constitucional Da República Da Colômbia. Sentença SU-090 de 2000*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU090-00.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>70</sup> Ibidem.

Inconstitucional em relação ao estabelecido no primeiro reconhecimento SU-559 de 1997:

El ECI se predica de aquellas situaciones en las que (1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales<sup>71</sup>.

Desse modo, a Corte Constitucional, no que se refere ao Estado de Coisas Inconstitucional, veio aperfeiçoando suas técnicas, no intuito de aprimorar o cumprimento dos direitos fundamentais, previstos na sua Constituição Política.

Nessa linha de idéias, no ano de 2004, a Corte Constitucional Colombiana, através da Sentença T-025/04<sup>72</sup>, referente ao deslocamento forçado<sup>73</sup>, com múltipla, maciça e contínua vulnerabilidade dos direitos fundamentais, reconheceu mais uma vez o Estado de Coisas Inconstitucional, em decorrência da condição de extrema vulnerabilidade da população deslocada. Neste julgamento, definiu-se que a obrigação constitucional do Estado de garantir proteção adequada àqueles que, devido ao deslocamento interno forçado, estão em condições indignas de vida, não pode ser adiada indefinidamente. Eis que a Lei nº 387 de 1997 reconheceu que a atenção da população deslocada é urgente e prioritária, necessita de medidas urgentes para solucionar a crise social e humanitária que esse fenômeno representa, já que a Carta Política foi ignorada.

A decisão na Sentença T-025/04, não feriu a divisão dos Poderes, tanto é que nela há o respeito pelas prioridades já fixadas pelo Legislador e pelo Executivo. Também, pelo exercício das autoridades responsáveis por definirem seus próprios compromissos com a nação. Porém, o que se exigia era a adoção da maior

---

<sup>71</sup> MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 25.

<sup>72</sup> COLÔMBIA. *Corte Constitucional Da República Da Colômbia. Sentença T-025 de 2004*. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#\\_ftnref127](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref127)>. Acesso em: 26 de março de 2018.

<sup>73</sup> O deslocamento forçado de pessoas na Colômbia, surgiu devido o conflito interno armado, que originou na década de 60, e agravou nas últimas décadas, obrigando a população da Colômbia a abandonar suas casas e mudar de localidade, eis que suas vidas ficaram vulneráveis ou ameaçadas pelos Grupos como as Farc.

celeridade possível de meios corretivos necessários para remediar o chamado Estado de Coisas Inconstitucional.<sup>74</sup>

A realidade do deslocamento forçado na Colômbia é uma forma de violação de direitos que se agravou no tempo e atingiu inúmeros núcleos familiares. Deste modo, o Poder Público, através das instituições pertinentes, não procedeu às devidas adequações para proteger e efetivar os direitos básicos da população deslocada. Por essa razão, centenas de ações de tutela em prol de tais direitos começaram a ser intentadas pelas famílias afetadas, a contar 108 registros que envolveram ações interpostas por 1.150 núcleos familiares depois de não receberem atenção estatal<sup>75</sup>.

A Corte Constitucional colombiana, concluindo o julgamento no órgão colegiado na Sentença T-025/04<sup>76</sup>, determinou o cumprimento das seguintes ordens para as autoridades públicas:

(I) esclarecerem a atual situação da população deslocada registrado no Sistema próprio, devendo constar número, localização, necessidades e direitos sob o palco político adequado e relatório mensal; (II) Estabelecer a dimensão do esforço orçamental necessário para cumprir a política pública destinada a proteger os direitos fundamentais dos deslocados; (III) Definir o percentual de participação na apropriação de recursos que corresponde à Nação, a entidades territoriais e à cooperação internacional; (IV) Indicar o mecanismo para alcançar esses recursos; (V) Prever um plano de contingência para o caso de os recursos das autoridades locais e da cooperação internacional não chegarem na hora e no valor orçado, para de modo que tais carências são compensados por outros meios de financiamento<sup>77</sup>.

Assim, neste referido julgamento a Corte Constitucional estabeleceu elementos que definem e compõem o Estado de Coisas Inconstitucional, trazendo os seguintes pressupostos para sua configuração:

<sup>74</sup> MEDA, Ana Paula; BERNARDI Renato. *Direito fundamental à moradia e a sentença t-025/2004 da corte constitucional da Colômbia: estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas | e-ISSN: 2525-9881| Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 280 - 299| Jan/Jun. 2016.

<sup>75</sup> MEDA, Ana Paula; BERNARDI Renato. *Direito fundamental à moradia e a sentença t-025/2004 da corte constitucional da Colômbia: estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas | e-ISSN: 2525-9881| Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 280 - 299| Jan/Jun. 2016.

<sup>76</sup> COLÔMBIA. *Corte Constitucional Da República Da Colômbia. Sentença T-025 de 2004*. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#\\_ftnref127](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref127)>. Acesso em: 26 de março de 2018.

<sup>77</sup> Ibidem.

“Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un ECI, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”<sup>78</sup>

O que se extrai do citado julgamento é que a Corte Constitucional, no Estado de Coisas Inconstitucional, ampliou os efeitos da tutela para implementar remédios que têm um âmbito material e temporal. Portanto, proporcional à magnitude da violação macro dos direitos fundamentais em prol do princípio da igualdade, assegurando os efeitos protecionistas do julgamento para todos que estão numa situação semelhante:

“El ECI es una decisión judicial, por medio de la cual la C. Const. declara que hay una violación masiva generalizada y sistemática de los derechos fundamentales es de tal magnitud, que configura una realidad contraria a los principios fundantes de la Constitución Nacional y estas situaciones pueden provenir de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales<sup>33</sup>, o de un problema estructural que no solo compromete una autoridad sino que incluye también la organización y el funcionamiento del Estado, y que por tanto se puede calificar como una política pública, de donde nace la violación generalizada de los derechos fundamentales.” “Esta declaratoria la corte la ha desarrollado en 10 sentencias, donde ha constatado la violación sistemática de derechos fundamentales, los efectos de esta sentencia se extienden para proteger directamente a todo un conjunto de personas e indirectamente a toda la sociedad” “la superación de dicho estado le compete al gobierno nacional con el diseño de políticas públicas y que involucran a un conjunto de la institucionalidad”<sup>79</sup>.

Neste viés, por força da Constituição, as autoridades têm o dever de proteger todas as pessoas que residem na Colômbia. Consequentemente, têm o dever de resguardar sua vida, honra, bens, crenças e outros direitos e liberdades, devendo

---

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015. p. 111.

assegurar o cumprimento das obrigações sociais do Estado e indivíduos (artigo 2º, Constituição). Além disso, existe o dever do poder público trabalhar em harmonia com os outros órgãos do Estado para realizar suas obrigações constitucionais (art. 113, Constituição)<sup>80</sup>.

A sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004<sup>81</sup>, na qual a Corte lidou com o problema dos *desplazados* (deslocados), foi a decisão mais importante da Corte Constitucional da Colômbia relativa ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Neste caso, ela não se limitou a reconhecer o instituto ou a determinar a sua superação por meio de providências a serem adotadas pelos entes estatais. Além de impor inúmeras medidas a diversos órgãos e autoridades públicas para sanar as falhas estruturais em políticas públicas voltadas à população deslocada, reteve a sua jurisdição com o objetivo de monitorar a implementação de suas ordens<sup>82</sup>.

O caso do deslocamento forçado de pessoas<sup>83</sup> foi o *Leading Case*<sup>84</sup> da Corte Constitucional da Colômbia, onde o Estado de Coisas Inconstitucional passou por um movimento de transição paradigmática desde sua criação em 1997. A Corte, na Sentença T-025 de 2004, firmou o entendimento de que há um Estado de Coisas Inconstitucional quando ocorre uma violação repetida dos direitos fundamentais de várias pessoas. Neste caso, podem recorrer à ação de tutela para obter a defesa de seus direitos e, quando a causa dessa violação não é atribuível apenas à autoridade demandada, mas se apóia em fatores estruturais e, segundo a Corte Constitucional colombiana, para sua configuração exige:

---

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> COLÔMBIA. *Corte Constitucional Da República Da Colômbia. Sentença T-025 de 2004*. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#\\_ftnref127](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref127)>. Acesso em: 26 de março de 2018.

<sup>82</sup> GUIMARÃES, Mariana Rezende. *O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017. p. 84-88.

<sup>83</sup> COLÔMBIA. *Corte Constitucional Da República Da Colômbia. Sentença T-025 de 2004*. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#\\_ftnref127](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref127)>. Acesso em: 26 de março de 2018.

<sup>84</sup> *Leading case* é uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam" que "cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros. (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.).

(I) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas;<sup>85</sup> (II) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos<sup>86</sup>; (III) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutelar como parte do procedimento para garantir o direito violado<sup>87</sup>; (IV) a não-emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para impedir a violação de direitos<sup>88</sup>; (V) a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e requer um nível de recursos que exige um esforço orçamentário adicional importante e (VI) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema fossem para a ação de tutela para obter a proteção de seus direitos, haveria maior congestionamento judicial<sup>89 90</sup>.

Portanto, o Estado de Coisas Inconstitucional caracteriza-se quando há uma violação massiva e repetida dos direitos humanos, no qual as falhas estruturais das políticas do Estado colombiano se tornaram um fator central de contribuição<sup>91</sup>. Diante desse retrospecto histórico, o instituto do Estado de Coisa Inconstitucional sofreu uma grande evolução desde sua criação pela Corte Constitucional da Colômbia de 1997, até chegar em sua melhor definição em 2004, quando se buscou um consenso no que se refere à implementação de políticas públicas e procedimentos para a participação pública, como um novo modelo da atuação do judiciário na defesa dos direitos fundamentais, que veio desenvolvendo mecanismos mais eficazes para a concretude das políticas públicas sociais, positivadas na Constituição Federal.

---

<sup>85</sup> Cita na sentença o exemplo no julgamento SU-559 1997 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, em que o Tribunal declarou o Estado de Coisas Inconstitucional devido a omissão de dois municípios para inscrever os professores no Fundo Nacional de Benefício do Magistério.

<sup>86</sup> Cita na sentença o exemplo no processo, MP T-153 de 1998: Eduardo Cifuentes Muñoz, que declarou Estado de Coisas Inconstitucional por superlotação e condições desumanas de detenção em várias prisões colombianas.

<sup>87</sup> Cita na sentença o exemplo no julgamento T-068 de 1998, a MP: Alejandro Martínez Caballero, que foi declarado o Estado de Coisas inconstitucional da delinquência habitual pelo Fundo Nacional de Previdência no atendimento às solicitações feitas por aposentados.

<sup>88</sup> Cita na sentença o exemplo no processo T-1695 2000 MP: Marta Victoria Sachica Mendez, quando o Tribunal declarou a continuação do Estado de Coisas Inconstitucional pela falta de chamada para apresentação de propostas para a nomeação dos notários.

<sup>89</sup> Cita a sentença o exemplo no julgamento T-068 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero, frente a ineficiência administrativa.

<sup>90</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. Sentença T-025 de 2004. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#\\_ftnref127](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref127)>. Acesso em: 26 de março de 2018.

<sup>91</sup> GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, De justicia, 2010, p. 13.

#### 1.4 O Estado de Coisas Inconstitucional e sua influência no constitucionalismo latino-americano

O ativismo judicial é conhecido no direito americano como litígio de direito público. Nele, os casos de direito público são como instâncias centrais de direitos de desestabilização, que são as reivindicações para desestabilizar e abrir instituições públicas que falharam cronicamente em cumprir suas obrigações e que estão substancialmente isoladas dos processos normais de responsabilidade política<sup>92</sup>.

A Colômbia é um dos países onde mais se viola de maneira massiva e sistemática os direitos fundamentais das pessoas. Assim, ante essas violações, o Tribunal Constitucional, como garantidor dos princípios e normas consagradas na Constituição Política, concentrou seus esforços na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos da sociedade mais vulneráveis. Ele recorreu à figura do Estado de Coisas Inconstitucional para encontrar soluções definitivas nas vulnerações dos direitos tratados e na prevenção de novas violações<sup>93</sup>.

Porém, o Tribunal Constitucional colombiano não é o único Tribunal Constitucional que avançou nessa direção, sendo que a sentença T-025 e a jurisprudência colombiana fazem parte de uma tendência internacional em direção ao papel dos juízes constitucionais na realização de direitos. Nas últimas décadas os exemplos deste "neoconstitucionalismo progressista" se multiplicaram. E entre os mais conhecidos está a jurisprudência do Supremo Tribunal da Índia, que abordou questões sociais estruturais como fome e analfabetismo, e foi acompanhada pela criação de comissões judiciais de investigação para monitorar ativamente a implementação das decisões<sup>94</sup>.

O Tribunal Constitucional da África do Sul tornou-se um espaço institucional fundamental para a promoção de direitos como habitação e saúde e para obrigar o Estado a tomar medidas contra o legado econômico e social do apartheid. Bem

---

<sup>92</sup>SABEL, Charles F. y William H. SIMON. "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds". *Harvard Law Review*. Cambridge, volumen 117, February 2004, p.1015-1100.

<sup>93</sup> LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. *La Figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*. In Revista Mario Alario D'Filippo, v. 3, n. 1, 2011, p. 71.

<sup>94</sup> GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, De justicia, 2010, p.15-16.

como alguns Tribunais da Argentina desenvolveram uma proteção de direitos em jurisprudências que tratam de saúde, segurança social e pensões. E, ao mesmo tempo, têm experimentado mecanismos públicos para monitorizar a implementação de julgamentos sobre questões tais como os direitos dos detidos e a proteção do meio ambiente<sup>95</sup>.

Beatriz Huaroto ensina que a figura do Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido no Peru, foi uma imitação do trabalho do Tribunal Constitucional colombiano, derivado de uma criação jurisprudencial, eis que não tinha base normativa, mas utilizou pela primeira vez a técnica de Estado de Coisas Inconstitucional em uma decisão de abril de 2004<sup>96</sup>.

Com essa Inspiração, a Corte Constitucional do Peru importou o instituto na parte processual no julgamento 2579-2003-HD<sup>97</sup>, e segundo Miguel Enrique Falla Ly e Sergio Enrique Zapata Tello, este processo foi iniciado pela Juíza Julia Arellano Serquén, que entrou com Ação de Habeas Data contra o Conselho Nacional de Justiça, porque ele negou as informações sobre: a) o relatório da Comissão Permanente de avaliação e ratificação sobre a conduta e adequação na posição exercida como membro superior, b) uma cópia da entrevista pessoal e, c) a cópia da ata da sessão plenária da CNM contendo a decisão de não ratificação, sendo que a recusa em fornecer as informações necessárias viola seu direito de acesso à informação pública, reconhecido pela subseção 5) do artigo 2 da Constituição Peruana<sup>98</sup>.

Na primeira sentença na Corte Constitucional peruana, a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional se deu por violação de um direito fundamental originado em uma interpretação constitucional de uma disposição legal, a Lei n° 26397 - Lei Orgânica do Conselho Nacional da Magistratura. A primeira justificativa

---

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. *El "Estado de Cosas Inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013. p.61.

<sup>97</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo n° 2579-2003-H de 2004*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

<sup>98</sup> LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapata. *Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado*. IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho, (ene. - jul. 2014), Año 4. n°. 7, pp. 220-233.

principal para a declaração foi a necessidade de transcender o efeito inter partes dos julgamentos nos processos de liberdades constitucionais, observando que havia necessidade de aliviar o problema de "crescimento incessante do número de ações judiciais e obter termos semelhantes de tutela "que reverberaram" na consequente saturação e o eventual colapso da justiça constitucional da liberdade. A segunda principal justificativa foi a falta de compreensão dos órgãos públicos sobre o valor dos direitos fundamentais<sup>99</sup>.

A Corte Constitucional peruana, reafirmando sua competência para definir as regras processuais para proteger os princípios e direitos constitucionais, adotou a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional através do Processo nº 2579-2003-H de 2004:

Sin embargo, el Tribunal no sólo puede limitarse a condenar el desconocimiento del carácter vinculante de los derechos; es decir, la insensatez de que no se comprenda que, en particular, todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional. Por ello, dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del "estado de cosas inconstitucionales" que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N.º 559/1997<sup>100</sup>.

Esta técnica, em um processo constitucional de liberdade, implica que uma vez declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, um pedido específico ou genérico é feito para um (ou alguns) organismo (s) público (s) para que, dentro de um prazo razoável, realize ou deixe de realizar um ato ou omissão por ser considerado uma violação dos direitos fundamentais que reflete na esfera de pessoas fora da demanda<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. *El "Estado de Cosas Inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú.* 2013. p.61.

<sup>100</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo nº 2579-2003-H de 2004.* Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

<sup>101</sup> HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. *El "Estado de Cosas Inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia*

O Tribunal Constitucional peruano, ao reconhecer a insuficiência dos mecanismos processuais, como a acumulação de processos e a reiteração da jurisprudência, fixa, segundo Miguel Enrique Falla Ly e Sergio Enrique Zapata Tello os requisitos necessários para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional:

- 1) Violación generalizada de derechos fundamentales.
- 2) Violación generada por un único acto o por un conjunto de actos.
- 3) Vulneración o amenazas de derechos de personas ajenas al proceso (expansión de los efectos de la sentencia).
- 4) Si se trata de un solo acto el estado de cosas inconstitucional se declarará si es que se sustenta en una interpretación inconstitucional de una ley o disposición parlamentaria de una institución pública<sup>102</sup>.

Neste contexto, a primeira aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional na Corte Constitucional do Peru teve como principal lógica a modulação dos efeitos dos julgamentos dentro dos processos constitucionais de liberdade, no exercício de colaboração entre os órgãos do Estado para a realização de seus propósitos. Neste caso, foi apontado que quando um remédio administrativo pode evitar o uso excessivo da ação de amparo, habeas corpus ou habeas data, desta forma seria um meio legítimo através do qual o Tribunal desempenha a sua função de guardião da integridade da Constituição (artigo 201 da Constituição) e a eficácia dos seus mandatos<sup>103</sup>.

Assim, concluiu a Corte que as ordens ditadas pelo Estado de Coisas Inconstitucional eram para além do caso específico. Assim, dentro do prazo de 90 dias úteis a contar da notificação das medidas necessárias, o Conselho Nacional da Magistratura deveria entregar as informações a qualquer solicitante, advertindo que caso não cumprisse essa ordem, seus membros poderiam responder processo penal pelo desprezo à decisão da Corte<sup>104</sup>.

---

*colombiana y peruana*. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013. p.61.

<sup>102</sup> LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapata. *Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado*. IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho, (ene. - jul. 2014), Año 4. n°. 7, pp. 220-233.

<sup>103</sup> HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. *El "Estado de Cosas Inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013. p.61.

<sup>104</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo nº 2579-2003-H de 2004*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso: 09 de abril de 2018.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional peruano através da sentença no processo nº 03149-2004- AC/TC<sup>105</sup>, de 20 de janeiro de 2005, reconheceu pela segunda vez o Estado de Coisas Inconstitucional. Desta vez em relação à falta de pagamento dos direitos salariais dos professores, um ano depois do primeiro reconhecimento, no Recurso extraordinário apresentado pela Sra. Gloria Marleni Yarlequé Torres contra a decisão da Câmara Mista Permanente Descentralizada de Jaén do Superior Tribunal de Justiça de Lambayeque, de 19 de julho de 2004, que declarou inadmissível o recurso para o cumprimento do processo.

O referido caso julgado pela Corte tratou de uma ação de execução, ajuizada pela recorrente em 24 de outubro de 2003, contra o Diretor da Unidade de Gestão de Educacional de Jaen, solicitando o cumprimento da Resolução Diretorial da Unidade de Gestão Educacional nº 00794-2003-ED-Jaen, datado de 20 de junho de 2003, que tem que pagar a seu favor a soma de SI. 2.624,72 para subsídios de luto e enterro.

O Tribunal Constitucional, neste julgamento, considerou que esta prática de descumprimento constitui uma violação de regras sistemáticas e repetidas agressões contra os direitos do pessoal docente, e, com base no precedente jurisprudencial nº 2579-2003-HD, reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional, porque foi encontrado comportamento relutante, sistemático e repetido dos funcionários do Ministério da Economia e Finanças, bem como das autoridades do Ministério da Educação, eis que tratam-se de reclamações que se referem a direitos reconhecidos em normas legais, assim, determinou-se o cumprimento de imediato da resolução, com medidas corretivas no menor tempo possível em relação à prática contrária à Constituição, ordenando ser informado ao Tribunal quais as medidas tomadas em relação à responsabilidade dos funcionários envolvidos nas práticas dos atos<sup>106</sup>.

Novamente o Tribunal Constitucional do Peru, pela terceira vez, empregou a técnica de Estado de Coisas Inconstitucional, em abril de 2007, nas sentenças em

---

<sup>105</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo nº 03148-2004-AC/TC de 2005.* Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03149-2004-AC.pdf>>. Acesso: 23 de abril de 2018.

<sup>106</sup> HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. *El "Estado de Cosas Inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú.* 2013. p.61.

processos nº N° 06089-2006- PA/TC, datado em 17 de abril de 2007<sup>107</sup>, e N° 06626-2006-PA/TC, datado de 19 de abril de 2007<sup>108</sup>. Em duas sentenças quase simultâneas foram julgados processos interposto por duas empresas movidas contra a Superintendência Nacional de Administração Tributária (SUNAT), referentes a candidatos que alegavam que não deveriam aplicar-se a eles duas resoluções tributárias que impõem o pagamento de 5% por conta de cobrança Geral de Vendas (IGV). Sendo que suas operações geraram vendas de veículos usados. Tal demanda foi baseada na violação de seus direitos à igualdade perante a lei, liberdade de comércio e propriedade.

O Tribunal Constitucional peruano, na ocasião dos julgamentos acima, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, após excluir os efeitos confiscatórios. Assim, as alegadas violações da liberdade de comércio e direitos de propriedade. E, após uma análise da proporcionalidade para descartar uma violação do direito à igualdade, o Tribunal procedeu a analisar se na regulamentação do Regime de Percepções aplicável à importação de bens, pois o conteúdo da Reserva de Direito em matéria tributária deve ser respeitado, e firmou o seguinte entendimento:

Habiendo se detectado el estado de cosas inconstitucionales en lo referido al ámbito formal de la Reserva de Ley, los efectos de la presente sentencia se suspenden en este extremo, hasta que el Legislador regule suficientemente el Régimen de Percepciones IGV, en observancia del principio constitucional de Reserva de Ley, en un plazo que no exceda del 31 de diciembre del 2007<sup>109 110</sup>.

Ulteriormente, o Tribunal Constitucional peruano, através do processo nº 03121-2013-PA/TC<sup>111</sup>, ainda reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em

<sup>107</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo nº 06089-2006- PA/TC de 2007.* Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06089-2006-AA.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

<sup>108</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo nº 06626-2006- PA/TC de 2007.* Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06626-2006-AA.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

<sup>109</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo nº 06626-2006- PA/TC de 2007.* Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06626-2006-AA.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

<sup>110</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo nº 06089-2006- PA/TC de 2007.* Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06089-2006-AA.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

<sup>111</sup> PERU. *Tribunal Constitucional Da República do Peru. Processo nº 03121-2013-PA/TC de 2014.* Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03121-2013-AA.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

2010, em relação à violação do direito fundamental à segurança social para a violação judicial dos precedentes da Corte Constitucional, em agravo constitucional apresentado pelo Sr. Ángel Cancio Enavides Guia, contra a resolução emitida pelo Tribunal Misto de Recursos e Liquidantes de Nasca, do Superior Tribunal de Justiça de Lea, que declarou o processo improcedente.

No mesmo ano, a Corte do Peru também reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional de caráter estrutural no sistema de ensino universitário, através do processo nº 00017-2008-PI/TC<sup>112</sup>, na ação de inconstitucionalidade movida por mais de 5.000 cidadãos contra a Lei nº 28.564, que revoga a Lei nº 27.504 e repõe o terceiro parágrafo do artigo 5º da Lei Universitária, publicado no jornal oficial El Peruano, em 2 de julho de 2005.

Beatriz Huaroto nos ensina que o Tribunal Constitucional do Peru usou a técnica do Estado de Coisas Inconstitucionais pela última vez em 26 de agosto de 2010, pela falta de uma política de tratamento e reabilitação da saúde mental de pessoas que estão sujeitas a medidas de segurança de hospitalização por sofrerem de uma doença mental, num processo de habeas corpus interposto pelo advogado de defesa de Pedro Gonzalo Marroquín Soto contra o Instituto Nacional Penitenciário (INPE), processo nº 03426-2008- PHC/T, no qual foi solicitado que este organismo cumprisse a execução da medida de segurança de internação em favor de um cidadão que permaneceu na Penitenciária de Lurigancho, apesar do fato de que ele tinha sido judicialmente condenado a ser transferido para um centro hospitalar para ser internado e, assim, receber tratamento médico especializado<sup>113</sup>.

Assim, o Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica derivada da experiência colombiana e que encontra sua justificativa na dupla função que, atualmente, os direitos fundamentais devem cumprir, ou seja, é a chamada "dupla dimensão" dos direitos fundamentais, pois eles não são mais concebidos como meros limites ao exercício do poder de polícia, mas se tornaram um conjunto de valores ou fins gerenciais da ação positiva das autoridades públicas, e, por este

---

<sup>112</sup> PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Proceso nº 00017-2008-PI/TC* de 2010. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00017-2008-AI.html>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

<sup>113</sup>HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. *El "Estado de Cosas Inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013. p. 61 e p. 71.

motivo, em alguns casos, o juiz constitucional não se limitará a garantir que o direito fundamental invocado pelo demandante seja protegido no contexto de um caso específico, mas também avaliará a raiz do problema, a fim de evitar que a mesma violação seja configurada, afetando sucessivamente uma pluralidade de pessoas, situação que seria contrária à Constituição<sup>114</sup>.

Desse modo, os países latino-americanos, historicamente, apresentaram uma configuração institucional composta por um Executivo protagonista, um Legislativo frágil e um Judiciário de pouca relevância, onde combinação entre as influências norte-americana e francesa ganha o Executivo pela adoção do sistema presidencialista, no qual o Judiciário permanece como *bouche de la loi*<sup>115</sup>, mesmo em um sistema em que, definitivamente, não há supremacia do Parlamento<sup>116</sup>.

Dentre alguns fatores no processo de judicialização da política que acontece em toda América Latina, o primeiro é a omissão da política. O segundo fator a ser levado em consideração é o interesse dos próprios Poderes Executivo e Legislativo de ver despolitizadas séries de questões, sobretudo as questões de fundo moral, cujas decisões, se tomadas por parte dos atores eleitos democraticamente, poderiam gerar desgastes perante a população, os partidos políticos ou demais instituições. Por fim, a própria reconstrução da democracia nos países da região exigiu um judiciário forte e independente. Desta maneira, conclui que a judicialização da política, em maior ou menor grau, é um fenômeno verificável em todos os ordenamentos jurídicos<sup>117</sup>.

Temos assim que essa criação jurisprudencial da Corte colombiana, denominada Estado de Coisas Inconstitucional, influenciou diversas Cortes Constitucionais na América Latina. Eis que foram utilizadas como mecanismo de concretude dos direitos fundamentais, violados massivamente e generalizados pelos poderes públicos em diversos âmbitos.

---

<sup>114</sup> RESURRECCIÓN, Liliana María Salomé. *La dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales*. Tesis para optar por el título de licenciada, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010.

<sup>115</sup> Termo francês que significa "boca da lei" (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973).

<sup>116</sup> SCHINEMANN, Caio César Bueno. *Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016.

<sup>117</sup> Ibidem.

Neste contexto, no Brasil, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL– buscou, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>118</sup>, com pedido de medida liminar, que seja reconhecida a figura do Estado de Coisas Inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Bem como a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega-se decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país.

O Supremo Tribunal Federal, em 2015, pela primeira vez na jurisdição constitucional brasileira, reconhece em medida cautelar através da ADPF nº 347/DF o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário nacional. Na apreciação das medidas cautelares suscitadas na ação, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Ainda analisou o próprio papel do Supremo Tribunal Federal em situações de elevada inconstitucionalidade e deferiu<sup>119</sup> parcialmente a cautelar pleiteada.

Desse modo, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, originado na Corte Constitucional colombiana, serviu de inspiração para outras Cortes Constitucionais na América Latina, principalmente no Peru e no Brasil, onde o Poder

---

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>119</sup> a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

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

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

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

e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos..

Judiciário, através de mecanismos jurídicos, promove uma convocação de toda a administração pública e da sociedade para superar o próprio Estado de Coisas Inconstitucional. Trata-se de uma tentativa de solucionar os casos de longos fracassos de políticas públicas, e impedindo, dessa forma, as constantes violações pelos Poderes Públicos dos direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal.

## **2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL**

O presente capítulo, inicialmente, analisará a evolução histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das normas e das políticas públicas, na medida em que, no Brasil, o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade apareceu no ordenamento nacional com a Constituição Republicana de 1891 e, até o presente momento, vem evoluindo com retrocessos e avanços. Com a reestruturação do Estado Democrático de Direito brasileiro e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro desenvolveu-se progressivamente ao ponto de ser considerado como um importante mecanismo para garantir a supremacia constitucional. Ainda, associado à criação do Supremo Tribunal Federal guardião da Constituição e co-responsável pela realização das políticas públicas dos outros Poderes para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Num segundo momento, será analisada a política pública do Estado frente ao sistema penitenciário brasileiro, eis que as evidências dos fatos sociais revelam que nosso país vem passando por uma série de violações massivas dos direitos fundamentais e falhas estruturais no sistema penitenciário. Isto devido à ausência de implementação de políticas públicas por parte do Estado, demonstrando um desprezo contumaz aos direitos fundamentais dos presos resguardados pela Constituição Federal.

Num último momento, será analisado o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal referente ao sistema penitenciário, pois em 2015, pela primeira vez na jurisdição constitucional brasileira, a Corte se viu provocada a enfrentar o tema. Na apreciação das medidas cautelares suscitadas na ação, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu presente um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. E ainda analisou o próprio papel do Supremo Tribunal Federal em situações de elevada inconstitucionalidade, além deferir parcialmente a cautelar pleiteada.

## 2.1 Evolução histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das normas e das políticas públicas

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial, onde até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Neste caso, a Constituição compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador, na medida em que não existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante, vigorando a centralidade da lei e a supremacia do parlamento<sup>120</sup>.

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos como estabelece determinados limites para o seu conteúdo. Além de impor deveres de atuação ao Estado, passando a vigorar a centralidade da Constituição e a supremacia judicial. Como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais<sup>121</sup>.

As causas do florescimento da jurisdição constitucional foram o renascimento do constitucionalismo após a Segunda Guerra, com a redescoberta da idéia de constituição e a necessidade de protegê-la<sup>122</sup>. Assim, a constituição do Estado é a lei fundamental, que organiza os elementos constitutivos do Estado, ou seja, elementos essenciais, como um sistema de normas jurídicas, escritas, costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> BARROSO. Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 436.

<sup>121</sup> Ibidem.

<sup>122</sup> VELLOSO. Carlos Mário da Silva. *Tratado de direito constitucional*, v. 1. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.387.

<sup>123</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.39-40.

De acordo com Lenio Streck, o século XX foi generoso para com o Direito e a Filosofia. No Direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão):

Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro. Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a (quase) plenipotenciabilidade da política produziu um elevado *deficit* de direitos fundamentais. Essa circunstância engendrou a construção de um novo modelo de Direito e de Estado. Mais do que um remédio contra maiorias – e veja-se que nem para isso o constitucionalismo de antanho havia servido, bastando, para tanto, pensar nas experiências fascista e nazista –, a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, “fazer democracia através do Direito”. A Constituição passou a ser estatuto jurídico do político, com acentuado grau de dirigismo<sup>124</sup>.

A expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder é denominado Constituição. Ela cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político. A Constituição dispõe acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplina o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída, com um conjunto de regras fundamentais, respeitando-se a sua estrutura, a sua organização e a sua atividade - escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas<sup>125</sup>.

A Constituição não se restringe à organização do poder político e ao estabelecimento de direitos e garantias fundamentais, como na concepção clássica da Constituição Política. Ela se expande além dessas matérias, provocando a extensão normativa dos textos constitucionais, como é o caso da Constituição brasileira de 1988, que, como ordem fundamental possui uma posição de supremacia. E, como ordem material possui além de normas, uma ordem de valores,

<sup>124</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 1(1):65-77 janeiro-junho 2009. Unisinos.

<sup>125</sup> BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.84.

que expressa no conteúdo de direitos que não pode ser desatendido pelas normas infraconstitucionais<sup>126</sup>.

A jurisdição constitucional serve para preservar a Constituição e possui como primeira grande tarefa instrumentalizar a função primordial do próprio constitucionalismo, qual seja, coibir os excessos do Poder Público. O que se dá, principalmente, por meio da jurisdição constitucional em que o Poder Judicial insere-se, hoje, no equilíbrio entre os Poderes. Sendo que a tarefa da jurisdição constitucional é decidir com autoridade, os casos de violação ao texto constitucional, e essa atividade inclui tanto o controle dos poderes estatais como tarefa de concretização e evolução do direito constitucional<sup>127</sup>.

Segundo Häberle, as tarefas concretas da jurisdição constitucional resultam das Constituições positivas e suas normas de competências. Porém, ao fundo, encontra-se algo geral, como a função de limitação e racionalização do poder, acesso pelo cidadão ao Tribunal Constitucional, integração dos órgãos constitucionais e proteção das minorias:

Las tareas concretas de la jurisdicción constitucional resultan de las Constituciones positivas y de sus normas competenciales. Pero detrás de esto se encuentra algo general: la función de limitación y racionalización del poder, ya que la Constitución en general una limitación del poder (en el suelo «norma y tarea», «estímulo y límite», U. Scheuner y R. Smend). La residencia del ciudadano es un ejemplo, sobre todo, en los casos de que exista un acceso directo al Tribunal Constitucional (el recurso de amparo), por lo que el Tribunal Constitucional, cional es calificado como «tribunal para el pueblo» por excelencia. Otra función es la integración de los órganos constitucionales ante cualquier tipo de disputa y también la protección de minorías (en los Estados federados muchas veces se ha logrado por medio de las disputas federales (véase artículo 93, inciso 1, frase 2 a y 3 LF)<sup>128</sup>.

A garantia jurisdicional da constituição é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais<sup>129</sup>. Com a generalizada aceitação do princípio da revisão judicial das leis e dos atos do Poder Público à luz da Constituição, nele incluído o juízo de inconstitucionalidade por

<sup>126</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11 ed., rev. e atual. Belo Horizonte. Del Rey. 2005. p. 195-196.

<sup>127</sup> ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.101.

<sup>128</sup> HÄBERLE, Peter. *La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional*. Revista Pensamiento Constitucional. año X, nº 10. 2004. p.31-32.

<sup>129</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

omissão, teve-se a impressão de que o longo caminho conducente ao chamado Estado de Direito chegara enfim, neste limiar do século XXI, ao término de sua evolução histórica<sup>130</sup>.

Sendo assim, o que restaria fazer, seria simplesmente apurar o mecanismo processual, de modo a tornar mais rápido, firme e democrático o controle permanente da supremacia da Constituição, no quadro hierárquico do ordenamento jurídico estatal, sem que se alterasse, minimamente, o objeto desse escrutínio judicial. Doravante e para sempre, continuaríamos a balizar perante a Constituição – sistema supremo de normas – unicamente outras normas ou atos públicos em geral, nada mais<sup>131</sup>.

Para Lenio Streck é pacífico o entendimento do papel das Cortes Constitucionais e de sua vinculação à Constituição a que devem guardar, nas distintas formas de controle da constitucionalidade. Esta vinculação, longe de decorrer de uma simples retórica da dogmática, resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a corte controladora da constitucionalidade. E mesmo nos casos do chamado controle concentrado, qualquer tribunal constitucional somente agirá quando se comprove que a eventual violação da constituição é atual e efetiva, e não uma simples projeção inteletiva<sup>132</sup>.

A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema. Como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. E, para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e

---

<sup>130</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de informação legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. ISSN 2317-3882.

paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição<sup>133</sup>.

José Afonso da Silva afirma que a jurisdição constitucional, em sentido estrito, consiste na entrega, aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição. E, mais amplamente (sentido próprio), é a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais, sendo que a jurisdição constitucional não se esgota no controle da constitucionalidade dos atos de autoridade, porquanto nela entra também toda ação dos tribunais judiciários destinada a assegurar três setores básicos:

- a) a jurisdição constitucional de controle da constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, que é a mais comum;
- b) a jurisdição constitucional da liberdade, que compreende a atuação judiciária mediante provocação por um dos remédios ou ações constitucionais;
- c) a jurisdição constitucional orgânica destinada a solucionar os conflitos que se instauram entre os diversos órgãos do poder em relação com o alcance de suas competências e atribuições consubstanciadas nas normas constitucionais;
- d) finalmente, jurisdição constitucional de caráter comunitária ou internacional destinada a solucionar conflitos derivados da aplicação das disposições internacionais e comunitárias incorporadas ao ordenamento interno, quando são afetadas por atos de autoridades ou disposições legislativas contrárias a essas normas de fontes externas<sup>134</sup>.

A proteção dos direitos fundamentais está totalmente associada à instituição da justiça constitucional<sup>135</sup>. Contudo, nos lembra Kelsen, quando fala sobre jurisdição constitucional, que as Constituições modernas trazem um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos e uma lei pode ser inconstitucional “em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta”<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>134</sup> SILVA, José Afonso. *Jurisdição constitucional da Liberdade no Brasil*. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 3, Enero/Diciembre, 1999. p. 09-29. Acesso em 15 de abril de 2018.

<sup>135</sup> BARACHO, José Alfredo de O. *Jurisdição constitucional da liberdade*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31.

<sup>136</sup> KELSEN, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.p. 132.

Apesar de haver o considerável leque de possibilidades de controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional ainda está longe de assumir o papel que lhe cabe no Estado Democrático de Direito. Mormente se for entendido que a Constituição brasileira tem um nítido perfil dirigente e compromissório. Assim, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição:

Trata-se, sim, de compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. É nesse sentido que entra na discussão o papel do Poder Judiciário quando defrontado com essas questões. Entretanto, parece inadmissível não valorizar o papel do controle de constitucionalidade – até mesmo de atos de governo – nesta etapa da história. É preciso, assim, admitir a existência de um novo paradigma, no interior do qual o fenômeno do constitucionalismo (ou do neoconstitucionalismo) proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de Constituições compromissórias e sociais (ou dirigentes)<sup>137</sup>.

Temos assim que a jurisdição constitucional compreende, além do controle de constitucionalidade, a regulamentação do processo de *impeachment*, os conflitos de atribuições, as garantias processuais contidas na Constituição, a tutela dos direitos fundamentais, a estruturação do Poder Judiciário, o delineamento do sistema federativo de Estado, a criação de partidos políticos, as normas do regime político. Sendo que entre todas essas atividades, uma das mais relevantes, de forma clara, é o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, com a finalidade de garantir a suprallegalidade das normas constitucionais<sup>138</sup>.

As Constituições Republicanas que adotam a organização federativa dos entes constitutivos do corpo político, o princípio da separação de poderes, e a forma presidencial de governo, em geral, tendem, em razão de sua rigidez, a estabelecer um sistema de controle de constitucionalidade. Sendo que o Brasil, desde 1891, dois anos depois da proclamação da República, passou a possuir uma dessas Constituições e a desenvolver esse controle<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 1(1):65-77 janeiro-junho 2009. Unisinos

<sup>138</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 662.

<sup>139</sup> BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004. p.129.

No Brasil, esse controle de constitucionalidade não existiu na constituição imperial de 1824. Pois a influência do cunho francês, com uma separação dos poderes de forma estanque e rígida outorgou ao Poder Legislativo a atribuição da produção normativa, suspensão e revogação da mesma, velando esse poder pela guarda da Constituição<sup>140</sup>.

O sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade apareceu no ordenamento nacional com a Constituição Republicana de 1891, a qual tinha forte influência do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade, adotando, pois o controle difuso por via de exceção e com o advento das constituições seguintes. Com a introdução de novos elementos, o sistema brasileiro de controle foi gradualmente se aproximando do controle concentrado, utilizado amplamente nos países da Europa<sup>141</sup>.

A Constituição promulgada em 1934 manteve o controle de constitucionalidade difuso previsto na Constituição de 1891, incidental e repressivo ou sucessivo, aos moldes do sistema americano. Por outro lado, introduzindo, diversas melhorias e aperfeiçoamentos na fiscalização de constitucionalidade<sup>142</sup>.

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal. Isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, a até h, da Constituição tratava-se de uma fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º). Com a configuração desse controle judicial, de um sucedâneo do direito de veto, atribui-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e firmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade

---

<sup>140</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2012.

<sup>141</sup> RODRIGUES, Amanda Carolina Buttendorff. *Atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade brasileiro*. Anais do Universitas e Direito, v.1, n.1, 2012. p.8-23.

<sup>142</sup> DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI*. Revista Jurídica "9 de Julho", São Paulo, n. 2, p. 8-29, 2003.

da lei ou ato estadual, porém, não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico.<sup>143</sup>

A Constituição de 1937 trouxe inequívoco retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido modificação no modelo difuso de controle e tenha preservado o quorum especial de exigência para a declaração de inconstitucionalidade, o constituinte rompeu com a tradição e determinou regra segundo a qual caso uma lei fosse declarada inconstitucional, o Presidente da República poderia, caso afirmasse que a lei era necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submetê-la novamente ao Parlamento. Caso fosse validada por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se inexistente a decisão do Tribunal<sup>144</sup>.

Superado o retrocesso operado na Carta de 1937, ressurgiu, com a Constituição de 1946, o regime democrático. Eis que a Carta de 1946 assemelhava-se mais à de 1934 que a de 37, pois não possuía dispositivo semelhante ao artigo 96 desta última, que, como visto, dava ensejo ao Presidente da República submeter novamente ao Congresso a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Sendo que o controle concreto, pela via de exceção ou defesa, foi mantido em seus contornos iniciais<sup>145</sup>.

A Constituição de 1967/69, sem inovações, manteve a característica da duplicidade dos modelos adotados no Brasil da Constituição de 1946, com a preservação do controle difuso e a subsistência da representação de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade)<sup>146</sup>.

Sob a égide da Constituição de 1988, uma gama de novidades é trazida a lume no que tange ao controle de constitucionalidade<sup>147</sup>. A atual constituição

---

<sup>143</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>144</sup> MAMEDE, Mateus Lúcio. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e o direito comparado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

<sup>145</sup> DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI*. *Revista Jurídica "9 de Julho"*, São Paulo, n. 2, p. 8-29, 2003.

<sup>146</sup> AMORIM, Filipo Bruno Silva. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2502, 8 maio 2010.

<sup>147</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2012.

brasileira adota o controle jurisdicional misto (ou combinado) de constitucionalidade, exercido nos modelos difuso (sistema norte-americano) e concentrado (sistema austríaco ou europeu)<sup>148</sup>.

Com a reestruturação do Estado Democrático de Direito brasileiro e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ganhou inovações. Quando trouxe o artigo 103 no que tange ao controle de constitucionalidade, a inconstitucionalidade por omissão e a ampliação da legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sendo que a posterior EC 3, de 1993, inseriu a ação declaratória de constitucionalidade<sup>149</sup>.

A atual Constituição Federal, com intuito de transformar, combinou um duplo sistema de fiscalização de constitucionalidade, trazendo em seu bojo o sistema difuso e o sistema concentrado. Bonavides<sup>150</sup> nos lembra que, na Constituição Republicana de 1988, inclinou-se o Brasil em definitivo para o sistema misto de fiscalização de constitucionalidade. Combinou, assim, o sistema difuso, introduzido ao alvorecer da primeira República proclamada em 1889, com o sistema concentrado, que, na presente República constitucional, tende a se tornar preponderante, ao mesmo passo em que provoca a crise de legitimidade, com graves apreensões acerca de seu desfecho.

Como uma de suas molas mestras da Constituição Federal de 1988, o princípio da supremacia formal da constituição, que trata-se da rigidez constitucional imposta pelo constituinte originário, no qual conferiu às normas constitucionais um processo mais dificultoso para sua modificação. Destarte, não bastava a previsão normativa. Era necessário criar mecanismos idôneos que assegurassem a supremacia das normas constitucionais<sup>151</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari afirma que, para o Brasil ter uma constituição efetivamente vigente e respeitada, no intuito de contribuir para a estabilidade política

---

<sup>148</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2012. p.257.

<sup>149</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 10 de abril de 2018.

<sup>150</sup> BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004. p.129.

<sup>151</sup> SILVA, Adriano Laurentino da. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e suas espécies*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017.

e vencer as injustiças sociais, talvez deveriam ser retiradas as demais competências do Supremo Tribunal Federal. Isto a fim de deixar apenas o controle de constitucionalidade, pois sua pauta não ficaria sobrecarregada e, com isso, teria uma atuação rápida e eficaz, na medida em que iria dedicar sua atuação como verdadeiro guardião da Constituição<sup>152</sup>.

O constituinte originário de 1988, acrescentou ao controle abstrato à ação de inconstitucionalidade por omissão, conservando do mesmo passo como referência clássica de controle a já conhecida ação direta de inconstitucionalidade. Porém, com a Emenda Constitucional nº 3 de 1992, criaram-se dois novos instrumentos de controle, um deles deveras abusivo, que é a chamada ação direta de constitucionalidade, e o outro é a arguição de descumprimento de preceito fundamental. E ambos arguidos de emprestarem um caráter autocrático ao sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade, sendo que o mau uso poderia converter a ação direta de constitucionalidade em mais um veículo que o Executivo emprega para deformar o arcabouço jurídico do sistema e dar trânsito livre de constitucionalidade às medidas mais impopulares e lesivas à Constituição, vazadas em medidas provisórias, materialmente inconstitucionais, saídas da forja do grande legislador e administrador que é no país, aquele poder hegemônico<sup>153</sup>.

Portanto, o controle de constitucionalidade visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar<sup>154</sup>. Desse modo, inegável o grande avanço que teve o Brasil referente ao sistema de controle de constitucionalidade na modernidade. O mecanismo passou por construções graduais na evolução histórica do instituto desde a Constituição de 1891, com marcas de avanços e retrocessos, sendo atualmente considerado um importante mecanismo para garantir a supremacia constitucional e um instrumento de transformação.

---

<sup>152</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.110.

<sup>153</sup> BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004. p.129.

<sup>154</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2012.

Contudo, Lenio Streck faz uma crítica ao advento da Constituição de 1988, devido a entender que o que se viu foi uma ode ao novel texto constitucional, no qual tanto a teoria do direito quanto as práticas judiciárias não estava(vam) preparadas para as diversas rupturas paradigmáticas por ela estabelecida. Isto porque, na medida em que convive-se há muito com normas inconstitucionais, sem que a jurisdição constitucional tenha sido acionada para a devida filtragem hermenêutico-constitucional, sendo que a Constituição muitas vezes é interpretada de acordo com os Códigos e com as Súmulas, o que faz essa baixa constitucionalidade, como fator preponderante para a inefetividade da Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito<sup>155</sup>.

Desse modo, sob a égide da atual Constituição, se fez necessário o protagonismo do judiciário, através de seus mecanismos de controle, para dar satisfação às demandas surgidas, em virtude da baixa constitucionalidade, pois mesmo se tratando de uma Constituição compromissória, possui baixo grau de efetividade. E, neste contexto, o Estado Democrático de Direito, instaurado na Democracia brasileira com a Constituição Federal de 1988 consubstanciou em Estado de Direito e de Justiça Social. Por conseguinte, as diretrizes constitucionais permitem aos cidadãos o exercício do direito humano fundamental de participação política, através dos mecanismos da democracia representativa e participativa, para que cada cidadão possa atuar, de forma permanente, em fiscalizar e exigir que a atuação dos Poderes Públicos esteja em consonância com os objetivos fundamentais da República brasileira<sup>156</sup>.

A Constituição é o principal elemento da ordem jurídica dos países ocidentais. As constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial são impregnadas de conteúdos axiológicos com o objetivo de assegurar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. Sendo que o neoconstitucionalismo surge como novo paradigma do Estado democrático de direito e na América Latina, em razão de movimentos sociais acontecidos no início da década de 80, onde surge um movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, que propõe a

---

<sup>155</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis*. Seqüência (Florianópolis), n. 69, p. 83-108, dez. 2014.

<sup>156</sup> SANTOS, Lilia Teixeira. *O Estado Democrático de Direito instaurado na democracia brasileira com a Constituição Federal de 1988 (CF/88): estado de direito e de justiça social*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 set. 2013.

fundação de um novo Estado, o Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado para possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado<sup>157</sup>

Lenio Streck critica a adoção da nomenclatura “neoconstitucionalismo”, pois entende que certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até (ou sobretudo) de mal-entendidos, eis que inicialmente era necessário importar termos da Europa Ibérica<sup>158</sup>. Isto se deve ao fato de que tanto o Brasil como a América Latina, começaram de modo tardio no chamado “novo mundo constitucional”, condição igual à realidade européia, que desconhecia antes da segunda metade do século XX, o conceito de constituição normativa<sup>159</sup>.

Desse modo, falar de neoconstitucionalismo em países como o Brasil, implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais, para ir rumo a um constitucionalismo que permitisse a efetivação de um regime democrático em todos os níveis. E, diante disso, afirma ter abandonado o termo neoconstitucionalismo, passando a chamar o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra de Constitucionalismo Contemporâneo:

Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988 e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas que acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Aqui, refiro que, se, em um primeiro momento, apoiei a tese neoconstitucionalista, em um segundo momento, ao constatar a sua inexorável filiação às posturas voluntaristas, passei a colocá-la entre parênteses ou entre aspas, a partir da ressalva bem explícita, *verbis*: “entendo o neoconstitucionalismo como o constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra” e “longe de ativismos e práticas discricionárias”. Finalmente, a partir da 4ª edição de Verdade e Consenso (Saraiva, 2011 – vem aí a 5ª Edição) definitivamente

<sup>157</sup> ALVES, Marina Vitória. *Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: Características e distinções*. Revista. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012.

<sup>158</sup> Segundo o Portal de pesquisa temática e educacional, a Península Ibérica está localizada geograficamente na região sudoeste do continente europeu. Em seu território estão localizados, principalmente, três países, chamados de países ibéricos: Portugal, Espanha e Andorra. Está localizado também nesta península o território britânico de Gibraltar e cerca de 540 km de território do extremo oeste da França. Disponível em: <[https://www.suapesquisa.com/geografia/peninsula\\_iberica.htm](https://www.suapesquisa.com/geografia/peninsula_iberica.htm)> Acesso em: 10 de abril de 2018.

<sup>159</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

abandonei a tese, passando a chamar o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra de constitucionalismo contemporâneo<sup>160</sup>.

Então, podemos entender como neoconstitucionalismo, um conjunto de textos constitucionais que surgem após a segunda guerra, quando essas novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivizar diversas garantias fundamentais. Estabelecendo, assim, novos limites para a atuação do Poder Público<sup>161</sup>.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito sofreu uma ruptura paradigmática, ao ser inserido em uma nova perspectiva constitucional, que o fez incorporar novos princípios, concepções e interpretações, que refletiram positivamente no exercício da jurisdição brasileira<sup>162</sup>. Assim, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios, compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico<sup>163</sup>.

Porém, Lenio Streck afirma que a força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental, pois é o mínimo a exigir-se, pois e resume:

Descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo contudístico que liga o político e o jurídico da sociedade), sendo que o

<sup>160</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

<sup>161</sup> ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.147.

<sup>162</sup> LIMA, Débora Caldeira Monteiro; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *O Neoconstitucionalismo e a sua Influência na Jurisdição: Apontamentos sobre a Técnica dos Precedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VII, nº 13, jan/jun 2015. ISSN 2175-7119.

<sup>163</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 32

texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um **latifúndio improdutivo**, eis que não pode, pois, ser deslegitimado<sup>164</sup>.

Com o rompimento das sistemáticas das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional, esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos<sup>165</sup>. E, nessa perspectiva, tal a expansão e a trajetória vitoriosa da dignidade humana no âmbito da gramática jurídico-constitucional contemporânea, que chegou ao ponto de afirmar que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”<sup>166</sup>.

Tal abertura, mas também e de certo modo o “diálogo” propiciado pelo amplo reconhecimento da dignidade como princípio jurídico fundamental, guarda relação com a expansão universal de uma verdadeira “crença” na dignidade da pessoa humana que, por sua vez, também pode ser vinculada aos efeitos positivos de uma globalização jurídica<sup>167</sup>.

Desse modo, a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações internacionais com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal, do modo pelo qual tem sido tradicionalmente concebida, isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos<sup>168</sup>.

O que emerge, pois, a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania nacional e não-intervenção à luz de princípios inovadores da ordem constitucional, dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos

---

<sup>164</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.

<sup>165</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

<sup>166</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – 6. ed. – São Paulo :Saraiva, 2017. p.284.

<sup>167</sup> Ibidem.

<sup>168</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

humanos, eis que esses são os novos valores incorporados pelo Texto de 1988 e que compõe a tônica do constitucionalismo contemporâneo<sup>169</sup>.

Esse paradigma da dignidade da pessoa humana é definido por Ingo Wolfgang Sarlet, como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Implicando, neste sentido, um conjunto de direitos e deveres fundamentais que venham a lhe garantir para uma vida saudável as condições existenciais mínimas, além de oferecer e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, resguardando a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano<sup>170</sup>.

Na perspectiva dos direitos humanos, é possível afirmar que a ciência do direito existe em prol do ser humano e seu entorno, senão estaria desprovida de sentido na caminhada segura das dimensões concretizadas de direitos fundamentais e de todo o movimento da própria sociedade que idealiza a concretização da dignidade humana como princípio<sup>171</sup>.

Com essa nova ordem constitucional, o Poder Judiciário ocupa uma maior e mais intensa participação para a construção da sociedade do bem-estar, haja vista que a efetivação dos novos direitos sociais exige mudanças nas funções clássicas dos juízes, que se tornaram, sem dúvida alguma, co-responsáveis pela realização das políticas públicas dos outros Poderes. E, como consequência inarredável dessa profunda transformação do Estado, o Judiciário, portanto, teve acentuado aumento de suas funções e responsabilidades, assumindo, com a justiça constitucional, novo papel, e com ele, o grande desafio de controlar a constitucionalidade da atuação – notadamente as omissões – do poder público, elevando-se ao nível dos outros

---

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

<sup>171</sup> TOLEDO, Claudia. Mansani Queda de. *A constitucionalização do Direito e a construção do conhecimento: uma caminhada dialética*. In: Rafael Lazzarotto Simioni. (Org.). *Constitucionalismo e Democracia 2017: Reflexões do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM*. 1ed. São Paulo: Max Limonad, 2017, v. 1, p. 47-63

Poderes, capaz de controlar, como o terceiro gigante “na coreografia do Estado moderno”, o “legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”<sup>172</sup>.

A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela (a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade:

Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. Como tarefa o reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes<sup>173</sup>.

Em resumo, a Constituição de 1988, portanto, inovou profundamente a função do Judiciário no âmbito do Estado Social, no qual o Legislativo e o Executivo não cumprem adequadamente a incumbência constitucional ou nada fazem para criar as condições materiais necessárias para assegurar a efetividade dos direitos sociais. Cabe-lhe a irrecusável função de impor a execução daquelas previstas e comandadas pela Constituição<sup>174</sup>.

Para tanto, a atual Constituição do Brasil<sup>175</sup>, em seu artigo 102, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência no controle de constitucionalidade das normas federais ou estaduais. Dentro do controle de constitucionalidade, foi

<sup>172</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>173</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – 6. ed. – São Paulo :Saraiva, 2017. p.288.

<sup>174</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>175</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 10 de abril de 2018.

introduzida a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), uma inovação do legislador constitucional, através da Emenda Constitucional 03/93, acrescentando o §1º ao artigo 102 da Constituição Federal. Porém, de eficácia limitada, necessitando de norma regulamentadora, que foi devidamente sancionada pela lei nº 9882 em 03 de dezembro de 1999, que disciplinou a ADPF.

Desse modo, nos termos da lei 9882/99<sup>176</sup>, o objeto da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. E, ainda, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e ainda se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais sociais, sendo desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Eis que é mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais<sup>177</sup>.

Verifica-se que assim, que a nossa Constituição Federal trouxe mecanismos tanto para garantir a superioridade da constituição, como proteção dos direitos fundamentais. Aliás, mais do que isso, trouxe a função transformadora assumida pelo Direito, que exsurge do caráter dirigente e compromissário do Texto Constitucional. Pois o texto constitucional deve ser visto em sua substancialidade, com toda a principiologia que assegura o Estado Social e o *plus* normativo que é o Estado Democrático de Direito, que aparece já no art. 1º do seu texto<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> BRASIL. *Lei Nº 9882, de 03 de dezembro de 1999*. Processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, Brasília,DF, mar 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso: 10 de abril de 2018.

<sup>177</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2, maio/ago. 2003. p.261.

<sup>178</sup> STRECK. Lenio Luiz. *A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasílis*. Seqüência (Florianópolis), n. 69, p. 83-108, dez. 2014.

Neste contexto, cabe ao Poder Judiciário o controle das políticas públicas para tentar dar efetividade aos direitos fundamentais, eis que é uma realidade nas nações com Constituições rígidas e com Poder Judiciário independente. A atuação do Poder Judiciário na modernidade é marcada pelo fenômeno da judicialização de políticas públicas, devido aos demais Poderes da República, seja na ação ou omissão, deixarem de implementá-las, conforme previsto na Constituição.

Segundo Barroso, a "judicialização e o ativismo judicial são primos", e por isso são da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens, eis que não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance e normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva<sup>179</sup>.

O ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, sendo que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>180</sup>.

O Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, relator da ADPF nº 45/DF<sup>181</sup>, referente à questão da legitimidade constitucional do controle e da

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, In Revista de direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91 jan./mar. 2009.

<sup>180</sup> Ibidem.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Brasília, 04 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 12 de abril de 2018.

intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, consignou que considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas. Pois o controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar.

Contudo, em se tratando de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável<sup>182</sup>. Assim, a Constituição brasileira lançou mão de mais de uma estratégia de positivação que, isolada ou conjuntamente, guardam o objetivo de conformar o conteúdo e a eficácia dos direitos fundamentais sociais<sup>183</sup>. No Estado democrático de direito, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal, e como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade<sup>184</sup>.

Bonavides afirma que o problema da "juridicização" dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado social, pois deve-se estar na busca de uma solução, observando a seguinte sequência: reconhecer a vinculação Constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle judicial de Constitucionalidade e, por fim, estabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade<sup>185</sup>. Além disso, são também de extrema relevância o controle abstrato das normas, a criação de tribunais constitucionais e o uso de instrumentos

---

<sup>182</sup> BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004. 9.129

<sup>183</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 77.

<sup>184</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In Revista de Processo, São Paulo : Revista do Tribunais, v. 164, p. 9-28, out. 2008.

<sup>185</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 186.

comparáveis à queixa constitucional dos alemães (*Verfassungsbeschwerde*), que reforçam consideravelmente a proteção dos sobreditos direitos, tornando-os de todo "justiciáveis", contrariando, assim, a crença de quantos os supunham mero programa de política social enxertando no corpo das Constituições<sup>186</sup>.

Temos assim que a nova ordem constitucional brasileira trouxe um papel de destaque ao Supremo Tribunal Federal, referente ao controle da constitucionalidade das normas estaduais e federais e das políticas públicas. Trata-se de modelo institucional vigente no Brasil, no intuito de preservar a força normativa da constituição. Assim, as demandas que chegam ao Judiciário, referentes aos temas de controle de constitucionalidade e políticas públicas estão diretamente ligados ao princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>187</sup>, e a necessidade da concretude aos direitos fundamentais dos cidadãos, face à ineficiência dos outros Poderes públicos na sua realização, o que o torna um judiciário protagonista na valorização do ser humano.

## 2.2 A política pública do Estado frente ao sistema penitenciário brasileiro

A Constituição Federal de 1988 é a lei suprema do Brasil, que assegurou princípios fundamentais, direitos e garantias fundamentais, bem como a organização do Estado, com deveres e limites dos poderes e entidades políticas<sup>188</sup>. Assim, pelo texto constitucional, cabe ao Estado cumprir os fundamentos do Estado democrático de direito, dentre eles o da dignidade da pessoa humana e objetivos fundamentais constitucionais, como promover o bem de todos, estabelecendo políticas públicas e definindo prioridades dos gastos públicos. Mas o que é uma política pública? É um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou

---

<sup>186</sup> Ibidem.

<sup>187</sup> O inc. XXXV do art. 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle os órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes e gerar estados de insatisfações às pessoas (...) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Processo Civil. Volume I. Ed Malheiros. São Paulo. 2013. P. 117.

<sup>188</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 10 de abril de 2018.

corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos<sup>189</sup>.

As políticas públicas são influenciadas, a partir da sua incorporação ao elenco de ações setoriais do governo, pelas contingências que afetam a dinâmica estatal e pelas modificações que a teoria sofre como consequência, é por isso que, no começo, estão impregnadas pelas idéias vigentes em matéria de planejamento: fixação de metas quantitativas pelos organismos centrais de planejamento, geralmente dominados por técnicos mais ou menos esclarecidos; subordinação de toda a vida social ao crescimento econômico; determinação do futuro com base em projeções das tendências do passado, sendo o critério econômico o dominante<sup>190</sup>.

E, por isso, são privilegiadas as atividades que influiriam mais diretamente na produção e no desenvolvimento. Porém, as prioridades outorgadas pelos planejadores não são determinadas – como se pretende – só pela razão técnica: o poder político dos diferentes setores da vida social e sua capacidade de articulação dentro do sistema político são os que realmente determinam as prioridades<sup>191</sup>.

As políticas públicas correspondem a um direito que está positivado e assegurado na Constituição Federal e que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e pelos poderes públicos enquanto direitos e garantias constitucionais das pessoas<sup>192</sup>. Por políticas públicas é possível compreender:

A ação estatal deve estar focada no bem-estar público, trata-se de uma ação pública realizada com recursos que também são públicos, porque tanto os objetivos quanto os mecanismos ou procedimentos através dos quais a ação governamental se concretiza devem fazer com que se obtenha o maior bem-estar possível da forma mais eficiente. Dessa forma, a Política Pública tem o objetivo de encarar e resolver um problema público de forma racional através de um processo de ações governamentais<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. In: Políticas públicas; coletânea / Organizadores: Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. –Brasília: ENAP, 2006. 2 v. ISBN 85-256-0052-0 (Obra compl.).

<sup>190</sup> Ibidem

<sup>191</sup> Ibidem

<sup>192</sup> SANTOS, Kátia Cristina Cruz; NUNES FILHO, Moisés Seixas. *Políticas públicas sociais aplicadas ao direito à moradia digna*. Revista Contribuciones a Las Ciencias Sociales. ISSN: 1988-7833.

<sup>193</sup> VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. *Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção*. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 35-66, jun. 2011.

As políticas públicas são uma faceta relevante da atuação do Estado contemporâneo, sobretudo sob a ótica da efetivação dos direitos fundamentais. Neste Estado, a mudança política de paradigma evidenciada no processo histórico, com vistas ao início da preocupação com a dimensão material das sociedades no âmbito da tarefa pública<sup>194</sup>.

E o seu contraponto no direito, com o aprofundamento do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, impõe ao pensamento jurídico e a prática judicial que se amoldam a nova realidade, incorporando em seus modos formas de compreender e agir sobre as políticas públicas. Sendo que essa necessidade não é somente teórica ou hipotética, mas pode ser evidenciada na prática por situações em que são postas, em consideração judicial, aspectos e elementos típicos das políticas públicas<sup>195</sup>.

Nessa perspectiva, segundo Juarez Freitas, o controle sistemático dos atos discricionários e vinculados tem de tornar visível o caráter vinculante do direito fundamental à boa administração pública. E, simultaneamente, contemplar a discricionariedade como não inteiramente descontínua e sem limites, na qual o elo entre ambos os aspectos dos atos administrativos (discricionariedade e vinculação) reside na obrigatória referência ao direito fundamental em apreço, sendo que a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe, de maneira exemplar, as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade, nunca para o excesso ou para a omissão. Assim, a inibição mutilatória do controle cede lugar à afirmação crescente do direito fundamental à boa administração, observada a cogência da totalidade dos princípios constitucionais<sup>196</sup>.

Assim, quando se fala em política pública prisional, esta pode ser definida como uma política pública vinculante, na medida em que o artigo 5º, XLVIII, XLIX e L, da CF impõe a necessidade da criação de uma política pública prisional que garanta o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a

---

<sup>194</sup> GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. *Desafios do controle de constitucionalidade das políticas públicas e o caso do "programa mais médicos"*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 1: 245-270, jan./jun. 2017.

<sup>195</sup> Ibidem

<sup>196</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais*. Revista NEJ, Vol. 18, nº 3, set-dez 2013. p. 416-434.

natureza do delito, a idade, e o sexo do apenado, assegure a integridade física e psíquica dos presos<sup>197</sup>.

E, ainda, possibilite que às presidiárias sejam asseguradas condições mínimas para permanecerem com seus filhos durante a amamentação, ou seja, as garantias constitucionais se relacionam diretamente ao núcleo essencial da dignidade humana, notadamente, no que se refere ao impedimento da sujeição a tratamento desumano ou cruel<sup>198</sup>.

Entretanto, quando se fala em presídios e penitenciárias no Brasil, nos deparamos com a situação de flagelo, pois não se trata apenas de imagens literárias. Os presídios apresentam estruturas físicas comprometidas, com situações de violência contra a integridade física dos presos, celas úmidas e imundas, escuras e sufocantes, com superlotação. Além disso, são locais onde os agentes penitenciários agredem e humilham os presos na calada da noite, sem qualquer comprometimento com os princípios constitucionais<sup>199</sup>.

A discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, está vinculada às prioridades constitucionais, sob pena de se converter em arbitrariedade por ação ou por omissão, solapando, desse modo, as bases racionais de conformação motivada das políticas públicas<sup>200</sup>.

E esta conjuntura do sistema penitenciário, nada humanitário, atesta que as administrações penais estão tendo resultados pouco efetivos no que tange às práticas consideradas “ressocializadoras”, fato que se justifica diante da incompatibilidade existente entre as propostas de ações voltadas à humanização e à reinserção social dos apenados e às práticas institucionais que são seguramente mais orientadas por princípios de ordem, segurança e disciplina. O que gera não só uma contradição entre o que prevê a legislação e o que é executado nas prisões,

---

<sup>197</sup> FAGUNDES; Ricardo Antonio Menezes Cabral. *O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas*. Dissertação em Direito. Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte, pag. 57-58. 2016.

<sup>198</sup> Ibidem

<sup>199</sup> COELHO, Edmundo Campos. *Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

<sup>200</sup> FREITAS, Juarez. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 8-26.

mas também uma verdadeira repressão e violação de direitos dos indivíduos custodiados pelo Estado<sup>201</sup>.

Desse modo, podemos afirmar que no Brasil não existe sequer política pública do Estado frente ao sistema penitenciário brasileiro. Pois o sistema penitenciário do país nunca foi pauta de preocupação política dos Poderes, refletindo no desprezo e abandono da população carcerária, que está jogada num sistema sucateado, com grave violação dos direitos fundamentais, diante das omissões da inefetividade dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Essa situação calamitosa provocou o quadro de horror no sistema penitenciário, assolando a dignidade dos presos, e, por força constitucional, cabe ao Judiciário a intervenção para garantir a concretização pelo Estado dos direitos fundamentais.

Constata-se assim, que o sistema constitucional vigente construiu, ao longo dos anos, um novo modelo baseado em institutos que conduziram o Poder Judiciário a um patamar de protagonismo judicial. O STF assumiu um novo papel voltado a sanar omissões legislativas inconstitucionais e a definir, avaliar e determinar políticas públicas, pela interferência nos pilares que regem as políticas públicas, quando for constatada omissão legislativa ou do Poder Executivo, que impossibilite de efetiva realização<sup>202</sup>.

Loïc Wacquant<sup>203</sup>, em nota aos leitores brasileiros, afirma que a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social. O que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. Sendo uma razão de simples bom senso, que milita contra um recurso acrescido ao sistema carcerário para conter a escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil:

---

<sup>201</sup> JESUS, Fernanda Ferreira. *Políticas públicas penitenciárias e o processo de prisionização: um estudo sobre mulheres em situação de prisão no conjunto penal de feira de santana - BA*. Conclusão de Curso. Universidade Federal do Recôncavo da Bahia Centro de Artes Humanidades e Letras – CAHL Colegiado De Serviço Social. 2012.

<sup>202</sup> FAGUNDES; Ricardo Antonio Menezes Cabral. *O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas*. *Dissertação em Direito*. Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte, pag. 57-58. 2016.

<sup>203</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução Ed André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.2001.

É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com *campos de concentração para pobres*, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica - dissuasão, neutralização ou reinserção. **O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público:** entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, frequentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa, como na Casa de Detenção de São Paulo, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico e tez amarelada, o que lhes vale o apelido de "amarelos"); negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação super acentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências da supervisão<sup>204</sup>.

A crise no sistema penitenciário brasileiro é clara, sendo que o desrespeito aos direitos e garantias legais pode ser observado pelas condições degradantes dos presídios em todo o país os quais não atingem o seu objetivo primordial, a ressocialização. Porém, a sociedade, temerosa diante de tanta violência, tende a ansiar por punições mais severas àqueles que, em sua maioria, sem oportunidades e condições de uma vida digna, transgridem a lei. E tal fenômeno resulta em um desinteresse político estatal para a solução de tal problemática, acarretando na escassez de políticas públicas no sistema penitenciário nacional<sup>205</sup>.

Em 23 de fevereiro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça<sup>206</sup> divulgou a população carcerária no Brasil, sendo 654.372 o total de presos e 221.054 de presos provisórios. Esses números demonstram o tamanho da população reclusa que sofre desrespeito aos direitos humanos, sendo que para o antigo Ministro da Justiça José

---

<sup>204</sup> Ibidem.

<sup>205</sup> OLIMPIO, Wanderson Mario Cavalcante; MARQUES, Allan Mendes. *O Sistema Penitenciário Brasileiro: considerações sobre sua crise e políticas públicas*. In: VII Jornada Internacional de Políticas Públicas. Agosto/ 2015.

<sup>206</sup> BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

Eduardo Cardozo<sup>207</sup> os presídios no Brasil, no ano de 2015, em sua grande maioria foram equiparados as verdadeiras masmorras medievais.

O sistema carcerário atual é precário, destacamos alguns pontos graves como o abandono, a falta de investimento e o descaso do poder público, dentre muitos outros. Sendo que aquele sistema que tinha o intuito de se tornar um instrumento de substituição das penas desumanas, como as de morte e tortura, não tem desempenhado o seu papel. Muito ao contrário, tem se tornado um motivo para o aperfeiçoamento de criminosos. Além de ter como principal atributo a insalubridade, já que se trata de atmosferas sujas, sem espaço suficiente para todos os detentos. Sendo assim, impossível tratar da ressocialização de qualquer um deles, e ainda, a visível superpopulação dos presídios demonstra que está havendo ultraje por parte do sistema carcerário no que tange aos direitos fundamentais desses detentos, pois não existe respeito à integridade, tanto física quanto moral, dos mesmos<sup>208</sup>.

O Ministério da Justiça, no modelo elaborado de gestão para a política prisional, desenvolvido pelo Departamento Penitenciário Nacional, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), observou que:

O Brasil experimentou nas últimas décadas um processo de enrijecimento da política de encarceramento em massa, destacando-se entre os países no mundo com maior crescimento na taxa de pessoas privadas de liberdade. Com esse crescimento acelerado, observou-se o aumento abrupto no número de presos e no déficit de vagas disponíveis no sistema prisional, alcançando, em junho de 2014, um déficit prisional de 231.062 vagas, com uma taxa de ocupação de 161%, ou seja, 1,61 preso para cada vaga disponível, segundo o Departamento Penitenciário em 2015. **Não obstante, ainda que o cenário drástico de superlotação das unidades seja central para a violação de direitos das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional, é certo que ele não pode ser visto, de forma simplista, como a única causa dos problemas carcerários.** A análise do cenário nacional revela que não há correlação direta entre a taxa de ocupação de unidades e a qualidade dos serviços penais, havendo diversos outros elementos, próprios da gestão pública, que interferem negativa ou positivamente na política penal implementada por cada Unidade da Federação ou mesmo em cada unidade prisional. Compreende-se que o enfrentamento ao hiperencarceramento no Brasil não pode obnubilizar outros processos que contribuem para o acirramento das condições insalubres e desumanas que compõem o cenário prisional. Compreende-se também que o desenvolvimento de estratégias para uma boa gestão das políticas

<sup>207</sup> Ibidem.

<sup>208</sup> MACHADO, Ana Elise Bernal. SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina. *Sistema penitenciário brasileiro – origem, atualidade e exemplos funcionais*. In Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n. 10, 2013.

penitenciárias, como base num modelo que privilegie a promoção de direitos aos sujeitos em privação de liberdade, é tarefa urgente para uma Nação que busca o desenvolvimento pleno de sua população<sup>209</sup>.

Temos assim uma violação sistêmica e estrutural sobre os direitos fundamentais, devido a uma desordem das políticas públicas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, principalmente no que se refere ao sistema penitenciário. Superar esse quadro de caos no sistema penitenciário instalado, fruto de histórico abandono, tornou um desafio para o Judiciário, que tem o dever constitucional de controlar as ações dos Poderes Públicos na implementação de política pública, principalmente no que se refere as pessoas privadas de sua liberdade, eis que trata-se de um público fragilizado e sem representação política.

Quanto à crise crônica do sistema prisional brasileiro, a superpopulação carcerária, o desrespeito à Constituição Federal e à Lei de Execuções Penais, o tratamento desumano aos detentos, inclusive com mortes e atentados à integridade física e a saúde dessas pessoas são facilmente percebidos em primeira análise. Ao se ingressar no interior da maior parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros, e voltando os olhos ao sistema prisional, constata-se que o Estado brasileiro não proporciona adequadamente sequer as formas de assistência ao preso e ao egresso do sistema que são previstas na Lei de Execução Penal<sup>210</sup>.

A saúde física e mental dos apenados não têm sido resguardadas no interior dos estabelecimentos prisionais, sendo que, na maioria das vezes, não há profissionais médicos nem remédios, o que é agravado pelo quadro de superlotação que incrementa a insalubridade daqueles locais. Sendo o direito à educação, em especial a possibilidade de recuperação pelo trabalho é inacessível a uma parcela importante da população carcerária, e o acesso à justiça é negado aos presos, por não haver Defensoria Pública instalada em boa parte das Comarcas do Brasil, o que em muitos casos impede a assistência jurídica ao apenado<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Modelo de Gestão para a Política Prisional*. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao\\_documento-final.pdf/view](http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf/view)> Acesso em: 16 de abril de 2018.

<sup>210</sup> FAGUNDES; Ricardo Antonio Menezes Cabral. *O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas*. Dissertação em Direito. Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte, pag. 57-58. 2016.

<sup>211</sup> Ibidem.

O sistema carcerário; leia-se, "corrupção institucional", superlotação, desrespeito aos direitos humanos básicos; é um avultado empecilho ao alcance das finalidades do Direito em uma sociedade, ao menos, preocupada com a formação de uma *pax social*, o efeito borboleta causado. Ou seja, a série de eventos e consequências resultantes de um sistema carcerário, sabidamente falido. Isto é sentido na contraprestação dos mais diversos tipos de direitos. E, diante das muitas crises que hoje vivemos, talvez a carcerária seja a mais permanente, penosa e profunda (e por que não dizer, a que se tem menos vontade político-social de resolver), visto que a solução ainda tende a ser discutida segundo apenas um ponto de vista e, conforme um obsoleto modelo de segurança pública, baseado na repressão<sup>212</sup>.

Os Poderes da República têm o dever constitucional de concretizar as políticas públicas garantidas na Constituição Federal. Pois tratam de direitos fundamentais vinculantes e não podem ficar à mercê da boa vontade do Estado em executar medidas efetivas, que garantam a dignidade humana<sup>213</sup>.

O tema das políticas públicas no Brasil tem se afigurado, ao menos em termos de imaginário social, como um ilustre desconhecido. Primeiro porque o Estado nunca teve uma preocupação muito real ao longo da sua história, e segundo porque a sociedade civil nunca se preocupou com o assunto, pois sempre entendeu ser de competência única das instituições estatais<sup>214</sup>.

A situação de descaso quanto aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através da união de organizações defensoras de direitos humanos, dentre elas a Pastoral Carcerária de Pernambuco e a Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard. Tais instituições noticiaram a extrema omissão dos organismos públicos do Brasil, referente ao centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, usualmente conhecido como Complexo de Curado, no Estado de

---

<sup>212</sup> ALMEIDA, Antônio Ítalo Hardman Vasconcelos. *Estado de coisas inconstitucional e sistema carcerário na América Latina: uma proposta de combate à ditadura do privilégio?* In: Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho. Coordenadores: Elisaide Trevisam; Iranice Gonçalves Muniz; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco –Florianópolis: CONPEDI, 2017.

<sup>213</sup> LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo, pag. 55.

<sup>214</sup> Ibidem.

Pernambuco. O primeiro expediente solicitado foi a intervenção do órgão internacional por meio de medidas cautelares, sendo que a Comissão Internacional promoveu a chamada Medida Cautelar 199/11 (MC 199/11), com o propósito de que o Brasil adotasse as medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no complexo<sup>215</sup>.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, durante cinco décadas, vem monitorando a situação das pessoas privadas de liberdade nas Américas. E constatou que existem décadas de negligência do problema prisional pelos sucessivos governos dos Estados da região. E também destacou a apatia das sociedades, que tradicionalmente preferiram não olhar para as prisões<sup>216</sup>.

Assim, os centros de privação de liberdade tornaram-se áreas sem monitoramento e supervisão nos quais a arbitrariedade, a corrupção e a violência tradicionalmente prevalecem. O fato de as pessoas sob a custódia do Estado estarem numa situação de vulnerabilidade especial, aliada à falta de políticas públicas, tem frequentemente implicado que, nas condições em que essas pessoas são mantidas, há caracterização pela sistemática violação de seus direitos humanos. O que torna essencial que os Estados tomem medidas concretas para resolver estas deficiências estruturais<sup>217</sup>.

Aprofundando a idéia de omissão inconstitucional relacionada à falhas estruturais, e à omissão estatal na violação massiva e contínua de direitos fundamentais, Carlos Alexandre de Azevedo Campos aborda a figura do Estado de Coisas Inconstitucional:

O Estado de Coisas Inconstitucional trata-se de uma decisão que busca conduzir o Estado a observância a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações e esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de

<sup>215</sup> ALMEIDA, Antônio Ítalo Hardman Vasconcelos. *Estado de coisas inconstitucional e sistema carcerário na América Latina: uma proposta de combate à ditadura do privilégio?* In: Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho. Coordenadores: Elisaide Trevisam; Iranice Gonçalves Muniz; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco –Florianópolis: CONPEDI, 2017.

<sup>216</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA documentos oficiales. ISBN 978-0-8270-5743-2.2011. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppi/docs/pdf/ppi2011esp.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

<sup>217</sup> Ibidem.

transformação urgente e ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial<sup>218</sup>.

A situação "vexaminosa" das prisões como ofensa a preceitos fundamentais, a responsabilidade do Poder Público, em especial o papel do Supremo. Diante desse quadro de violações massivas no sistema carcerário e a importância do diálogo com a sociedade para solucionar esse conjunto de problemas detectados, sintetiza-se o Estado de Coisas Inconstitucional, decorrente de falhas estruturais em políticas públicas, cuja superação demanda providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais<sup>219</sup>.

No contexto da judicialização dos mais variados campos da vida social e de defesa da supremacia material da Constituição, as Cortes Constitucionais podem e devem assumir um compromisso com os setores mais vulneráveis, rejeitando a exclusão sistêmica e a violência injusta por sobre eles exercida. Isso implica que exponham claramente os argumentos constitucionais que possibilitam que o legislador ou o administrador seja obrigado a tomar medidas imediatas de modificação do contexto, atuando ainda como regulador temporal e espacial da atuação dos outros<sup>220</sup>.

Nas sentenças estudadas, insta-se as autoridades a uma ação conjunta, programada e eficaz para a transformação da realidade de maneira a concretizar um *dever ser* próprio do Estado Constitucional na sua atual fase de desenvolvimento. O que não é incompatível com uma ação jurisdicional que, mantida nos rigores do sistema fundado em elementos axiológicos e teleológicos, declare a situação de inconstitucionalidade de fatos, eventos e circunstâncias que se afiguram na contramão da constitucionalização da vida social<sup>221</sup>.

<sup>218</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodium, 2016. p. 95-96.

<sup>219</sup> LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária*. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. e-ISSN: 2525-9881. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 18 - 40, Jul/Dez. 2017.

<sup>220</sup> ALARCON, Pietro. *Interpretação constitucional no Brasil*. coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. ISBN 978-85-8191-065-9. p.89.

<sup>221</sup> Ibidem.

Neste diapasão, é a Corte brasileira cumprindo sua missão institucional e constitucional, no intuito de garantir a efetividade dos direitos constitucionais fundamentais, violados de forma sistêmica pelos Poderes Públicos, para que o estado constitucional seja restabelecido. E nem se trata de esperar do judiciário a solução para todos os problemas de políticas públicas referentes ao sistema penitenciário. Contudo, tem que ser asseguradas condições mínimas de dignidade à pessoa humana, pois nem os animais devem ter o tratamento lastimável que recebe a população carcerária no Brasil.

### 2.3 O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal referente ao sistema penitenciário

No caso das sentenças sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, a jurisprudência pode ser considerada uma ferramenta útil de defesa e desenvolvimento do Estado constitucional social e democrático de Direito. Isto porque se trata de uma proteção reforçada e estrutural dos direitos fundamentais, dentro de um quadro de gravíssimas e sistemáticas violações aos direitos humanos que afeta grupos vulneráveis que merecem proteção reforçada<sup>222</sup>.

Neste contexto, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL buscou, perante o Supremo Tribunal Federal, em 27 de maio de 2015, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, com pedido de medida cautelar, que fosse reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. O objetivo da medida foi a adoção de várias providências tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, no tratamento da questão prisional no país.

O processo, sob o nº ADPF 347/DF<sup>223</sup>, tem como relator o Ministro Marco Aurélio Melo, e se baseia em representação formulada pela Clínica de Direitos

---

<sup>222</sup> ALARCON, Pietro. *Interpretação constitucional no Brasil*. coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. ISBN 978-85-8191-065-9. p.89.

<sup>223</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Contudo, segundo Valle, o Supremo Tribunal Federal não foi surpreendido com a figura do Estado de Coisas Inconstitucional, conceito, a rigor, que já tinha sido trazido à Corte anteriormente em pelo menos duas ocasiões, nas ADI's 4357 e 4425, nas quais o Ministro Roberto Barroso mencionou uma "grave situação inconstitucional"<sup>224</sup>.

Um segundo momento em que o Estado de Coisas Inconstitucional aparece na crônica do STF, no debate sobre a responsabilidade do Estado por danos morais infligidos aos presos em razão de condições inadequadas do cárcere. Este havido nos autos do RExtRG 580.252, uma vez mais, o Ministro Roberto Barroso mencionou a experiência colombiana para a proposição de outra solução compensatória, a saber, a possível remissão de pena<sup>225</sup>.

A referida ADPF-347/DF foi elaborada com subsídio do parecer da lavra do Prof. Dr. Juarez Tavares<sup>226</sup>, no qual foi indagado pelo Professor Doutor Daniel Sarmiento, Coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) para dar suporte ao ajuizamento da ADPF 347/DF:

1. O atual cenário do sistema prisional brasileiro compromete a realização dos objetivos normalmente atribuídos à pena de prisão?
2. Quais são os efeitos do cumprimento da pena, nessas condições, sobre a segurança pública?
3. Pode-se dizer que a pena cumprida nessas condições se afigura, na prática, mais gravosa ao apenado do que aquela prevista em lei e imposta pelo Poder Judiciário?
4. Neste caso, deve o Poder Judiciário levar em consideração esta natureza mais gravosa da sanção, ao fixar a pena e ao decidir os incidentes da execução penal?
5. Estas condições degradantes devem ser levadas em consideração também na imposição de medidas cautelares penais?

---

<sup>224</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Estado de Coisas Inconstitucionais e Bloqueios Institucionais: desafios para a construção da resposta adequada*. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2016. p.111.

<sup>225</sup> Ibidem.

<sup>226</sup> Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main, na Universidade de Buenos Aires e na Universidade Pablo D'Olavide (Sevilha). Professor Honorário da Universidade de San Martín (Peru). Pós-doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt am Main. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Subprocurador-Geral da República aposentado. Advogado (OAB/PR 3583; OAB/RJ 1352-A; OAB/DF nº 39.209. Parecer disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%C3%A1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf>> Acesso em: 22 de abril de 2018.

Em resposta às referidas indagações, o Prof. Dr. Juarez Tavares em seu parecer<sup>227</sup> formulou as suas conclusões acerca da relação entre as condições concretas de funcionamento do sistema prisional brasileiro e o alcance dos objetivos manifestos da pena, bem como sobre a viabilidade de o poder judiciário levar em conta tais condições nos momentos da fixação e execução das penas privativas de liberdade e medidas cautelares de prisão<sup>228</sup>.

<sup>227</sup> TAVARES, Juarez. Parecer acerca da relação entre as condições concretas de funcionamento do sistema prisional brasileiro e o alcance dos objetivos manifestos da pena, bem como sobre a viabilidade de o poder judiciário levar em conta tais condições nos momentos da fixação e execução das penas privativas de liberdade e medidas cautelares de prisão. 07 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%C3%A1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf>> Acesso em: 22 de abril de 2018.

<sup>228</sup> **a)** A prevenção especial positiva, uma vez prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), possui prevalência normativa sobre as demais teleologias punitivas.

**b)** Acerca da prevenção especial negativa, conclui-se que: (i) em relação ao ambiente intramuros, a pena de prisão tem sua eficácia relativizada, uma vez que a reiterada ocorrência de delitos violentos implica falha no projeto preventivo especial; (ii) quanto ao ambiente extramuros, a estada no cárcere, ainda que, pelo menos teoricamente, pudesse impedir o cometimento de delitos, acaba contribuindo também para o aumento de condenações por tráfico de drogas das mulheres e familiares do encarcerado. Seja como for, ainda que a pena fosse eficaz para esse propósito, o Estado não pode se limitar ao simples encarceramento, não se lhe confere o poder de conceber a prisão (sentida e entendida como *ultima ratio*) como um mero depósito de presos, tidos como indesejáveis ou inimigos do sistema, sem qualquer medida que os possa beneficiar. Nesse caso, estaria violada a dignidade da pessoa humana.

**c)** O sistema carcerário nacional, além de não possuir as condições mínimas para a concretização do projeto corretivo previsto nas normas nacionais e internacionais, apresenta uma eficácia invertida, isto é, atua de forma deformadora e estigmatizante sobre o condenado.

**d)** Podem ser distinguidos dois conceitos de pena: a pena ficta, isto é, um valor numérico que representa, primariamente, a criminalização abstrata decorrente da avaliação discricionária do Poder Legislativo e, secundariamente, a medida de individualização da conduta realizada; e a pena real, qual seja, uma assimilação realista das (precárias) condições locais de cumprimento da privação de liberdade.

**e)** O reconhecimento de ambos os conceitos de pena implica, pois, um necessário redimensionamento do valor nominal da pena, ou seja, uma redução proporcional desse valor, de forma a equiparar a aflição ficta à aflição real.

**f)** É possível e necessário considerar a vivência concreta no cárcere como dado empírico deslegitimante do poder punitivo, isto é, como redimensionamento, pelo Poder Judiciário, da pena a ser aplicada na sentença condenatória.

**g)** Enquanto o valor nominal da pena não se altera com as mudanças ocorridas no ambiente carcerário local, o mesmo não se verifica com a pena real. Deve-se considerar, então, além da cominação abstrata da pena e do limite máximo de sua individualização, relacionado aos conceitos de autonomia do sujeito e extensão da lesão ao bem jurídico, o valor dinâmico que a pena assume com o passar do tempo e com a mudança nas condições do ambiente carcerário. Nessa esteira, entendendo ser necessário, em primeiro lugar, levar em conta, na análise do art. 59 do Código Penal, essa circunstância objetiva das condições insalubres e degradantes da prisão a que se destina o condenado para diminuir-lhe ou mesmo suspender-lhe a pena. Em segundo lugar, já na fase de execução, em revisão criminal ou por meio do remédio do *habeas corpus*, comutar-lhe ou diminuir-lhe a pena, em face de aplicação analógica do art. 66 do Código Penal, quando essas mesmas condições se verificarem no estabelecimento em que a esteja cumprindo. Em terceiro lugar, em vista das precárias condições do sistema prisional brasileiro, tornar factível a relativização dos requisitos objetivos para a progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação de penas,

A exordial ainda foi instruída com diversos documentos utilizados como dados e subsídio também para esse trabalho. A exemplo do Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, que teve por objetivo investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro e buscar soluções para o efetivo cumprimento da LEP. E que, inclusive, teve o seu relatório final publicado em 2009, apresentando dados que, embora um pouco já defasados, uma vez que foi realizada em 2007 e 2008, ainda reflete exatamente a realidade e o cenário do sistema carcerário brasileiro, questão fática motivadora do ajuizamento da ADPF 347. Ressaltando que, “apesar da excelente legislação, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano”<sup>229</sup>.

O PSOL, na petição inicial, argumenta que as prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, com proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Afirma, ainda, que homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado, sendo que as instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Além de faltar a assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho<sup>230</sup>.

O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. E, neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência

---

saídas temporárias ou ainda da punição proveniente do cometimento de uma falta grave, bem como de outros incidentes da execução penal.

h) Por fim, uma vez verificado o funcionamento do sistema carcerário – e atendendo à dicotomia pena real/pena ficta –, entendo possível a não imposição das medidas cautelares privativas de liberdade (ou sua redução significativa) em vista da necessidade de expurgá-las do teor penal latente que lhe emprestam as agências punitivas.

<sup>229</sup> LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária*. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. e-ISSN: 2525-9881. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 18 - 40, Jul/Dez. 2017.

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

com que ocorrem rebeliões nas prisões, cada vez mais violentas, sendo um sistema que funciona de forma altamente seletiva e atinge quase exclusivamente os pobres. Afirma que o quadro é do amplo conhecimento das autoridades públicas e da sociedade, e desde agosto de 2008, o CNJ realiza mutirões carcerários em presídios de todas as unidades da federação e divulga os respectivos relatórios, que oferecem um diagnóstico claro da dramática situação prisional do país e das graves e massivas violações aos direitos fundamentais dos presos<sup>231</sup>.

A situação chegou ao ponto de motivar intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país. Além da gravíssima e generalizada ofensa aos direitos mais básicos dos presos, as mazelas do sistema carcerário brasileiro comprometem também a segurança da sociedade, sendo que as condições degradantes em que são cumpridas as penas privativas de liberdade, e a “mistura” entre presos com graus muito diferentes de periculosidade torna uma quimera a perspectiva de ressocialização dos detentos, como demonstram as nossas elevadíssimas taxas de reincidência, que, segundo algumas estimativas, chegam a 70%<sup>232</sup>.

Para o autor da ação, a prisão torna-se uma verdadeira “escola do crime”, e a perversidade do sistema ajuda a ferver o caldeirão no qual vem surgindo e prosperando as mais perigosas facções criminosas, sendo este cenário francamente incompatível com a Constituição de 88. Pois, afinal, nossa Lei Fundamental consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). E, ainda, inúmeros outros direitos

---

<sup>231</sup> Ibidem.

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres<sup>233</sup>.

O quadro é também "flagrantemente" incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal, e o drama carcerário brasileiro não é novidade, porém, as dimensões do problema vêm se agravando, em razão do crescimento exponencial da nossa população prisional<sup>234</sup>.

O Brasil tinha, em 1990, cerca de 90.000 presos, em maio de 2014, este número ultrapassou os 563.000 presos – sem contar os mais de 147.000 em regime de prisão domiciliar. Desde então, a cifra certamente cresceu, e deve hoje tangenciar, senão ultrapassar, o número de 600.000, desconsideradas as pessoas em prisão domiciliar. Sendo o Brasil hoje o quarto país com a maior população carcerária do planeta, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. E, nesse intervalo de 25 anos, o aumento da população prisional brasileira, em números reais, foi de mais de 650%<sup>235</sup>.

O quadro de superlotação é agravado em função do uso abusivo da prisão provisória. E, de acordo com dados do CNJ, 41% dos presos brasileiros são provisórios. Embora não faltem normas jurídicas – inclusive do mais elevado escalão hierárquico – garantindo o respeito aos direitos humanos dos presos brasileiros. Porém, infelizmente, o que tem faltado ao Estado brasileiro, nos seus diversos poderes e instâncias federativas, é a mínima vontade política para transpor do papel para a realidade a promessa constitucional de garantia da dignidade humana do preso. Alega que os presos, além de não votarem, constituem um grupo particularmente impopular na sociedade brasileira, o que desestimula o sistema político e a burocracia estatal a “levarem a sério” os seus direitos. Contudo, os direitos fundamentais das minorias têm de ser levados a sério, pois seu respeito não

---

<sup>233</sup> Ibidem.

<sup>234</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>235</sup> Ibidem.

pode depender de juízos discricionários, de preferências ideológicas ou de cálculos de conveniência política dos governantes de plantão<sup>236</sup>.

O cenário, portanto, desafia a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, não se volta apenas ao controle de constitucionalidade de atos normativos. Ela pode - deve - enfrentar também outras afrontas à Constituição, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos, especialmente quando se constate que estão em jogo os direitos mais básicos de uma minoria estigmatizada. É nestas hipóteses, de proteção à dignidade de grupos vulneráveis, que o exercício do papel contramajoritário do STF mais se legitima<sup>237</sup>.

O Direito Constitucional Comparado fornece exemplos interessantes de intervenção da jurisdição constitucional diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais, com experiências fecundas nesta área, em países como os Estados Unidos, África do Sul e Índia. Frisando que uma das construções mais férteis neste campo tem origem na Corte Constitucional da Colômbia: o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>238</sup>.

Quando a Corte colombiana se vale desta categoria para reconhecer a presença de uma violação massiva de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades. E nestas hipóteses, a Corte pode inclusive reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer<sup>239</sup>.

Conclui o PSOL na petição inicial<sup>240</sup> que a ideia do Estado de Coisas Inconstitucional é perfeitamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira, podendo ser empregada no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Postulando, em síntese, que o STF reconheça e declare o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro. E, diante disso,

---

<sup>236</sup> Ibidem.

<sup>237</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>238</sup> Ibidem.

<sup>239</sup> Ibidem.

<sup>240</sup> Ibidem.

impunha a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia, requerendo medidas cautelares. Em suma, que a constitucionalidade do estado das coisas seja recobrada<sup>241</sup>.

Quanto ao pedido definitivo, o requerente PSOL, na petição inicial da ADPF 347/DF, requereu a procedência da ação com pedidos mais extensos<sup>242</sup> do que pleiteado em sede de medida cautelar.

---

<sup>241</sup> a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático TALVEZ UMA CRÍTICA do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas É CURIOSO MENCIONAR QUE A IDEIA DO ABRANDAMENTO DE PENAS TEM COMO ORIGEM MAIS REMOTA BECCARIA QUE NOS DELITOS E DAS PENAS AFIRMA... do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro<sup>241</sup>.

<sup>242</sup> a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos

---

presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.

d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.

e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão,

do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

O Ministro relator Marco Aurélio<sup>243</sup>, ao proferir seu voto em plenário, afirma que a problemática não se restringe apenas à questão de realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Porém, se refere à minimização da crise carcerária, com aplicação da legislação material e processual penal, para implementar de modo correto a utilização dos recursos do orçamento, que integram o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. E, ainda, a obrigação de confecção pelas três esferas públicas (União, Estados e Distrito Federal), de planos de ação para acabar com a violação de direitos fundamentais, principalmente na defesa das minorias que os poderes políticos fazem questão de ignorar.

O citado relator Marco Aurélio<sup>244</sup>, acatou preliminarmente a adequação da via eleita arguida pelo autor. E, no mérito, reconhecer a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro, concluindo que no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. Sendo que a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. Afirmou que a responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais, sendo que a vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades.<sup>245</sup>

Neste contexto, segundo Shinemann, o Relator, Ministro Marco Aurélio, ao julgar a ADPF 347/DF, entendeu ser papel do Supremo Tribunal Federal retirar as autoridades públicas do estado de letargia. No sentido de impulsionar a formulação de novas políticas públicas e monitorar seu processo de implementação.

---

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>244</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>245</sup> *Ibidem*.

Entendendo que ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional<sup>246</sup>.

O Supremo deve cumprir o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Com o intuito de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo a efetividade da própria Constituição Federal e dos Tratados internacionais sobre Direitos Humanos. E conclui que diante de toda essa situação descrita a intervenção do STF é legítima<sup>247</sup> e deferiu, parcialmente, a medida liminar requerida<sup>248</sup>.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, em 09 de setembro de 2015, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, julgou os pleitos cautelares formulados na exordial da ADPF 347/DF, sendo publicado o acórdão em 19/02/2016, fixando os pontos essenciais na ementa<sup>249</sup>. Nesta oportunidade,

<sup>246</sup> SCHINEMANN, Caio César Bueno. *Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016.

<sup>247</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>248</sup> a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

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

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

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

e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

<sup>249</sup> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza

acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiram parcialmente as medidas cautelares<sup>250</sup>.

Sintetizando o julgamento da medida cautelar da referida ADPF, realizado pelo pleno em setembro de 2015, foram deferidos três de seus pedidos. Em primeiro lugar, o pedido pelo qual a realização das audiências de custódia deve ocorrer em até 90 dias, com fulcro no art. 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, determinou-se o encaminhamento de relatórios acerca da situação prisional por parte da União e dos Estados, bem como se determinou que a

---

normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

<sup>250</sup> Em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, que reajustou o voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, proibindo que este fosse utilizado em novos contingenciamentos<sup>251</sup>.

Podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez na jurisdição constitucional brasileira, reconhece em medida cautelar o chamado Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário nacional. Eis que foi afirmado pelo STF que o Brasil possui um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Campos afirma que nessa fase cautelar e dentro do pedido formulado na lide, o Tribunal evoluiu ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional<sup>252</sup>. Dessa forma, a Corte brasileira deu um grande passo, na tentativa de concretizar os direitos fundamentais constitucionais dos presos. Porém, o julgamento do mérito ainda está pendente de apreciação e sem data para ser pautado. Sendo assim, apresentado o instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais e sua incorporação de forma cautelar pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, nos cabe no próximo capítulo analisar o transconstitucionalismo dos direitos fundamentais como possibilidade do deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional.

Num segundo momento, iremos analisar a necessária aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais dos presos brasileiros. Por fim, analisar o reflexo no sistema penitenciário brasileiro após a decisão liminar na ADPF 347/DF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

---

<sup>251</sup> SCHINEMANN, Caio César Bueno. Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016.

<sup>252</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: JusPodium, 2016. p. 290.

### **3 ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL**

O presente capítulo analisará o transconstitucionalismo dos direitos fundamentais como possibilidade do deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional. Na medida em que, quando falamos de questões de direitos fundamentais constitucionais, estamos tratando de problemas universais que atingem a todos os povos. Desse modo, as Cortes Constitucionais poderão dialogar com outras ordens constitucionais, no intuito de utilizar mecanismos de solução construídos por um Tribunal constitucional em problemas semelhantes no cenário jurídico internacional.

Num segundo momento, será analisada a necessária aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais dos presos brasileiros. Neste sentido, o judiciário é o legitimado pela Constituição brasileira a responsabilizar a administração pública a obrigação de fazer política pública para resguardar e concretizar o direitos fundamentais dos cidadãos que se encontram encarcerados no país.

Para tanto, diante da ausência de políticas públicas dos Poderes estatais referentes ao sistema penitenciário brasileiro, deve o Judiciário buscar mecanismos efetivos de proteção das demandas individuais e sociais, bem como vincular os poderes ao cumprimento das regras constitucionais. Pois os mecanismos de ações mandamentais existentes de proteção judicial dos direitos subjetivos, previstos na atual Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, tais como Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Datas e Mandado de Injunção não são suficientes para a concretude dos direitos fundamentais pelos poderes públicos. O que justifica a incorporação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, através da ação de descumprimento de preceitos fundamentais.

Num último momento, será analisado o reflexo no sistema penitenciário brasileiro após a decisão liminar na ADPF 347/DF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, no qual concluímos que ocasionou efeitos tanto positivos quanto negativos. Como pontos positivos podemos considerar, além do pontapé inicial para a possível solução do problema do sistema carcerário, a obrigatoriedade das audiências de custódia trouxe um saldo positivo de pessoas que

deixaram de serem encarceradas imediatamente após a prisão. Lado outro, os pontos negativos se referem ao descumprimento da ordem proferida contra a União para o descontingenciamento dos valores do Funpen, bem como a ausência de concretude dos projeto Estaduais para o alcance das verbas destinadas exclusivamente para o aparelhamento do sistema penitenciário.

Portanto, no que pese a timidez da medida cautelar deferida no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil se produziu qualquer ponto positivo, já é o suficiente para acreditarmos no instituto como potencial transformador da realidade do sistema penitenciário brasileiro.

### 3.1 Transconstitucionalismo dos direitos fundamentais como possibilidade do deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional

Atualmente os países foram atingidos pelo processo da globalização, e os problemas constitucionais relacionados aos direitos fundamentais não mais se restringem aos limites geográficos de um único Estado-nação. Esse processo surgiu diante da necessidade da sociedade mundial efetivar os direitos humanos que desenvolveu-se significativamente a partir do fenômeno da globalização.

Segundo Boaventura de Souza Santos, a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo, e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival, na qual os modos de produção da globalização dão origem as formas de globalização, sendo que dentre elas, estão o cosmopolitismo:

As formas predominantes de dominação não excluem aos Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados a oportunidade de se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses percebidos como comuns, e de usarem em seu benefício as possibilidades de interação transnacional criadas pelo sistema mundial. As atividades cosmopolitas incluem, entre outras, diálogos e organizações Sul-Sul, organizações mundiais de trabalhadores (a Federação Mundial de Sindicatos e a Confederação Internacional dos Sindicatos Livres), filantropia transnacional Norte-Sul, redes internacionais de assistência jurídica alternativa, organizações transnacionais de direitos humanos, redes mundiais de movimentos feministas, organizações não governamentais (ONG's) transnacionais de militância anticapitalista, redes de movimentos e associações ecológicas e de desenvolvimento alternativo, movimentos literários, artísticos e científicos na periferia do sistema mundial em busca

de valores culturais alternativos, não imperialistas, empenhados em estudos sob perspectivas pós-coloniais ou subalternas, etc, etc.<sup>253</sup>

No final do século XX uma das comunicações mais veiculadas é a globalização, na qual a sociedade mundial é atingida por significativas modificações nas operações de quatro dos principais sistemas sociais: na economia, na ciência, na política e no Direito. Com acoplamentos transnacionais e transistêmicos revelou-se uma nova forma de direito, composta de um pluralismo jurídico global, em que emergem novas formas autônomas de direito<sup>254</sup>.

O sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos começou a ser delineado no âmbito internacional, como se projetasse a vertente de um constitucionalismo global. Este era vocacionado a proteger os direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de direitos humanos<sup>255</sup>. Na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes, constitui um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos<sup>256</sup>.

Nessa perspectiva, tal a expansão e a trajetória vitoriosa da dignidade humana no âmbito da gramática jurídico-constitucional contemporânea, contempla que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”. Tal abertura, mas também e de certo modo o “diálogo” propiciado pelo amplo reconhecimento da dignidade como princípio jurídico fundamental, guarda relação com a expansão universal de uma verdadeira “crença” na dignidade da pessoa humana que, por sua

---

<sup>253</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Lua Nova [online]. 1997, n.39, pp.105-124. ISSN 0102-6445.

<sup>254</sup> LUZ, Cícero Krupp. *A policontextualidade da Lex Mercatória: Contigência, paradoxo e decisão*. Dissertação. 2009. Rio dos Sinos Ciências Jurídicas. São Leopoldo, p.42.

<sup>255</sup> PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.11

<sup>256</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – 6. ed. – São Paulo :Saraiva, 2017. p.284.

vez, também pode ser vinculada aos efeitos positivos de uma globalização jurídica<sup>257</sup>.

O cenário político social do mundo contemporâneo desafia a efetividade dos direitos humanos como um conjunto comum de reciprocidades e de responsabilidades a ser respeitado pelos diversos povos do globo. Seja por conta de rearranjo das relações internacionais. Seja por conta da falta de efetividade das legislações protetivas dos Estados-nação, seja por conta do conflito intenso entre as posições culturais particulares e a universalidade dos direitos humanos<sup>258</sup>.

Assim, a efetividade dos direitos humanos não guarda relações exclusivas com a nacionalidade, com a cultura, com a religião e com as tradições culturais particulares. Os problemas que afetam a humanidade como um todo não podem ser enfrentados por uma cultura de direitos humanos que deposita sua validade apenas no reconhecimento positivo de cada país ou nas práticas culturais que pontuam a tradição de uma comunidade<sup>259</sup>.

A partir do final do século passado, constitucionalistas de diversas tradições teóricas e de países diferentes, vinculados fortemente ao estudo das constituições estatais, passaram a preocupar-se com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados. E tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais. Assim, um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução<sup>260</sup>.

Diante da globalização, a transcendência da economia e dos direitos humanos, trouxe muitas afinidades entre o direito nacional e o direito internacional, o que se permitiu pensar no redimensionamento do direito constitucional. Pois as soluções das questões jurídicas saem dos foros nacionais e dos internacionais tradicionais, eis que carece de outros contornos para solução dos conflitos e

---

<sup>257</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – 6. ed. – São Paulo :Saraiva, 2017. p.284.

<sup>258</sup> LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

<sup>259</sup> Ibidem.

<sup>260</sup> NEVES, Marcelo. *(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões*. *Lua Nova*, São Paulo, 93: 201-232, 2014.

enfrentamento de problemas contemporâneos que são comuns a maioria dos Estados<sup>261</sup>.

O diálogo entre civilizações se fez cada vez mais necessário, na medida em que traz pontos de convergência, especialmente quando falamos em direitos fundamentais previstos em ambas as ordens constitucionais, a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade<sup>262</sup>.

E, com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observação do "mínimo ético irreduzível". Alcançado por um universalismo de confluência fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos<sup>263</sup>.

A sociedade atual foi marcada pela ruptura das fronteiras nas relações entre as nações, sendo que as articulações internacionais entre os países trouxe o intercâmbio nas áreas econômicas, culturais, tecnológicas, promovendo mudanças profundas no quadro das relações sociais, com reajustamento social, político e jurídico. Essa relação entre os países influenciou as ordens constitucionais, principalmente no que se refere à busca na concretude dos direitos fundamentais constitucionais, na medida em que vai de encontro com os direitos humanos, valores universais protegidos internacionalmente.

No caso latinoamericano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latinoamericanos. Subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA, bem como despontaram as Constituições

---

<sup>261</sup> PEREIRA, Fernanda Moreira Campos. *A efetivação do direito humano fundamental social do trabalho: a possibilidade de uma jurisdição internacional complementar e subsidiária diante do empregador*. Mestrado em Direito. Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2017.

<sup>262</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Caderno de Direito Constitucional. Módulo V. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre-RS, EMAGIS, 2006. p.14-15.

<sup>263</sup> *Ibidem*.

latinoamericanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*<sup>264</sup>.

Piovesan defende que as Constituições latinoamericanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional internacional. Sobretudo na matéria concernente aos direitos humanos. Pois demonstra a tendência marcada para a abertura do diálogo do direito com outros atores sociais, caracterizada por empréstimos constitucionais e interdisciplinaridade<sup>265</sup>. Neste contexto, a maioria das Constituições latinoamericanas permitiu a integração entre as ordens constitucionais. Mormente no campo dos direitos humanos, para ampliar e expandir o “bloco de constitucionalidade<sup>266</sup>”, e o processo de constitucionalização do Direito Internacional, onde conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional<sup>267</sup>.

A compreensão judicial de determinadas questões constitucionais desenvolvidas por Tribunais estrangeiros permite uma comparação com a compreensão judicial desenvolvida internamente ou um possível “norte” a seguir quando ainda não houve debate sobre o tema julgado. Sendo que esse contato pode, até mesmo, em alguns casos, proporcionar uma quebra de paradigmas no plano interno. O que permite o acompanhamento de posicionamentos jurídicos inovadores e exitosos já adotados em outros países<sup>268</sup>.

A partir do final do século XX, em razão da expansão do direito, rumo ao compartilhamento de conflitos, observa-se que conflitos constitucionais começam a ser divididos por cortes e tribunais ao redor do mundo. Devido aos litígios

---

<sup>264</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 8, N. 2, 2017, p. 1356-1388.

<sup>265</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.

<sup>266</sup> O bloco de constitucionalidade é o “conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respecto se impone a la ley”. FAVOREU, Louis; RUBIO, Francisco Llorente. *El bloque de la constitucionalidad* (Simposium franco-espanhol de Derecho constitucional). Sevilla: Editora Civitas, 1991. p.19.

<sup>267</sup> LACERDA, Andrey Felipe. *O diálogo entre cortes na proteção regional dos direitos humanos: Caso Gomes Lund e ADPF nº153*. 10.12818/p.0304-2340.2014v64. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 64, pp. 105 - 131, jan./jun. 2014. p.118. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>268</sup> ARAÚJO, Victor Costa de. *O transconstitucionalismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

constitucionais inéditos para um tribunal podem ter sido já uma vez solucionados por outro tribunal. E, devido aos conflitos de direitos fundamentais e limitação de poder, são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas<sup>269</sup>.

No Brasil, o ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso,<sup>270</sup> ao pronunciar-se na abertura do II Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional, realizado em 2011 no Rio de Janeiro, destacou que é uma realidade a troca de experiências entre sistemas jurídicos. Pois o papel do direito assume cada vez mais caráter transnacional, antes restrito aos limites do território dos Estados soberanos.

Peluso afirmou ainda, que esse cenário impôs duplo desafio aos Judiciários nacionais, de um lado, a frequente interação com sistemas normativos de outras nações, de outro, a necessidade de construção de pontes entre sistemas jurídicos autônomos, com o propósito de reforçar e difundir o culto ao império universal da lei e à segurança jurídica como condições elementares do mundo civilizado e do refinamento contínuo do espírito humano. Salientou que essas pontes materializam-se de diversas formas: referências a julgamentos estrangeiros em decisões de âmbito nacional, cooperação entre tribunais e entre magistrados, intercâmbio de professores e profissionais do Direito, interação em tribunais internacionais, além de inúmeros outros mecanismos de comunicação e concluiu:

O diálogo entre sistemas jurídicos nacionais tem um nome: diplomacia judicial. Está claro que com ele não me refiro à política externa definida e executada pelos Poderes Executivos. Entendo a diplomacia judiciária como o conjunto das relações e interações entre cortes domésticas e estrangeiras, com vistas ao aprimoramento da atuação jurisdicional diante das novas realidades produzidas pela crescente interdependência das nações.<sup>271</sup>

Luís Roberto Barroso salienta a importância da comunidade internacional de juízes na defesa e concretude dos direitos humanos, ao afirmar que os juízes das

<sup>269</sup> GONÇALVES, Ana Paula Roncáglio Heinig. *Constitucionalismo e globalização no contexto transnacional*. Dissertação. Universidade do Vale do Itajaí -UNIVALI. 2014.

<sup>270</sup> BRASIL. Ministro do Supremo Tribunal Federal (2003-2012: Antonio Cezar Peluso). *Pronunciamento do Ministro Cezar Peluso na abertura do II Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*. Rio de Janeiro, 17 jan. 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17\\_01\\_11.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf)>. Acesso em: 13 de julho de 2018.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

Cortes Constitucionais assumiram o papel de agentes desse novo constitucionalismo, cuja maior preocupação é a defesa e implementação dos Direitos Humanos:

A afirmação dos direitos humanos virou a língua comum, o “esperanto” dos povos significando uma promessa para a convivência num mundo cada vez menor. O maior desafio é a interpretação das normas de direitos humanos pela comunidade internacional de juízes; será que se obterá êxito em levar adiante um projeto comum de interpretação e aplicação de direitos humanos de forma coerente em meio a uma babel de línguas, culturas e religiões? Qual é o papel das Constituições nesse novo contexto?<sup>272</sup>

Neste contexto, surge o instituto do transconstitucionalismo entre ordens estatais repletas de problemas em comum. Porém, para se chegar a uma definição do instituto, não se pode partir apenas da decomposição da palavra. Pois certamente terá problemas. Eis que a noção de constitucionalismo pode ser encontrada em qualquer manual de Direito Constitucional. Ademais o prefixo *trans* possui um significado dúbio, uma vez que, tanto pode significar “depois” quanto “através de”<sup>273</sup>.

Por isso o criador do instituto Marcelo Neves, define o transconstitucionalismo como o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas<sup>274</sup>.

O mais importante no transconstitucionalismo não é saber quem é que tem a última palavra sobre um determinado problema, mas estimular uma conversação entre as várias instâncias decisórias a fim de que os casos comuns possam ser enfrentados conjuntamente. Sendo que os juízes nacionais, no julgamento dos casos, devem aproveitar o material informativo desenvolvido por outras cortes pelo

---

<sup>272</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.746.

<sup>273</sup> SANTOS, Aléssia Pâmela Bertulêza. *O transconstitucionalismo como alternativa aos conflitos entre ordens jurídicas: novos aspectos*. Revista Direito e Democracia, v.14, n.2, jul./dez. 2013.

<sup>274</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 115-151.

mundo afora, a fim de determinar com mais consistência o conteúdo dos direitos fundamentais<sup>275</sup>.

A questão da transconstitucionalidade não se refere à existência de uma constituição autônoma de toda nova ordem jurídica. Pois, inicialmente, pouco importa ao conceito de transconstitucionalidade saber em qual ordem se encontra uma Constituição ou se é um privilégio de Estado. Eis que o importante é determinar soluções aos problemas constitucionais nas variadas ordens jurídicas através do entrelaçamento entre elas. Desse modo, um mesmo problema pode apresentar-se frequentemente perante várias ordens, ou apenas em uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional no sentido estrito, o que provoca cooperação e conflitos exigindo aprendizados recíprocos<sup>276</sup>.

O transconstitucionalismo, portanto, deve ser entendido como conversação constitucional entre ordens jurídicas distintas aptas a promover intercâmbio e aprendizado recíproco quando diante de casos constitucionais iguais ou semelhantes. Assim, promovendo entre elas um entrelaçamento complexo, a partir dos centros de cada ordem, ou seja, seus juízes e tribunais (e cortes/juntas arbitrais no caso das ordens transnacionais em sentido estrito)<sup>277</sup>.

A relação transconstitucional entre as ordens jurídicas não resulta apenas das prestações recíprocas (relações de *input* e *output*), interpenetrações e interferências entre sistemas em geral. Mas, sobretudo, de que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, sistema que pretende reproduzir-se, primariamente, como base em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito<sup>278</sup>.

Em resumo, o que caracteriza o transconstitucionalismo entre as ordens jurídicas, é, portanto, ser um constitucionalismo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Sendo que os problemas de direitos fundamentais, ou de direitos humanos, submetidos ao

---

<sup>275</sup> MARMELSTEIN, George. *O Transconstitucionalismo e a Jurisdição Global dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o-transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 30 de junho de 2018.

<sup>276</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 121.

<sup>277</sup> PEREIRA, Vitor Moreno Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. Dissertação. 2014. Universidade Federal da Bahia- UFBA. Faculdade de Direito. p.130.

<sup>278</sup> NEVES, Marcelo. op. cit. p. 125.

tratamento do caso concreto transplantam as ordens jurídicas diversas. O que torna a "conversação" constitucional indispensável<sup>279</sup>.

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais a partir de seus Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas é uma das principais marcas da atual desvinculação do direito constitucional com o Estado nacional, bem como do desenvolvimento de uma ordem jurídica transnacional heterárquica. Isto na medida em que os sistemas judiciais de cada ordem jurídica percebem que a complexidade atual dos problemas constitucionais requer a construção de entrelaçamentos através de conversações<sup>280</sup>.

A marca desses diálogos desenvolvidos entre sistemas jurídicos estatais repousa no fato de que os precedentes de outras ordens são invocados para construção da *ratio decidendi* da decisão e não apenas como *obiter dicta*, ou seja, dentre as razões de decidir está o fato de que outras ordens jurídicas decidiram caso similar desta ou daquela maneira<sup>281</sup>.

Ainda segundo Vitor Moreno Soliano Pereira, é através deste tipo de procedimento, que os juízes e tribunais atuam reflexivamente em relação à sua própria ordem jurídica, abrindo-se para perspectivas provenientes de fora, mas deve ser feito, promovendo as devidas adaptações que o sistema venha requerer, na medida em que este tipo de conversação evita o que Marcelo Neves chama de "autismo constitucional", querendo se referir à exacerbação da identidade frente à alteridade. Contudo, não pode recair em um perigoso esquema de identidade total com o outro<sup>282</sup>.

Desse modo, uma transformação profunda tem ocorrido nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. Sendo que essa transformação deve ser levada a sério, inclusive na América Latina, pois o Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais, embora

---

<sup>279</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 125.

<sup>280</sup> PEREIRA, Vitor Moreno Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. Dissertação. 2014. Universidade Federal da Bahia- UFBA. Faculdade de Direito. p.130.

<sup>281</sup> Ibidem.

<sup>282</sup> Ibidem.

fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas:

A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, se emanciparam do Estado. Essa situação não deve levar, porém, a novas ilusões, na busca de “níveis invioláveis” definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panacéia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável. Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo<sup>283</sup>.

Diante de questões que envolvem problemas universais referentes a direitos fundamentais constitucionais, Tribunais Constitucionais poderão dialogar com outras ordens constitucionais, no intuito de utilizar mecanismos de solução construídos em problemas semelhantes no cenário jurídico internacional. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo” do direito internacional, pois não se trata de uma relação com hierarquia entre as ordens jurídicas, uma vez que não existe relação de subordinação, mas ao inverso, existe é uma relação de complementar entre identidade e alteridade<sup>284</sup>.

Nessa perspectiva, diálogos construtivos contribuirão para a troca de experiências das Cortes Constitucionais na busca de resolução de problemas constitucionais que ultrapassam as ordens jurídicas estatais. Sendo assim, o transconstitucionalismo será o direito constitucional do futuro<sup>285</sup>. A partir das relações de observação mútua, é possível se falar em conversação e diálogo entre as cortes e tribunais desenvolvidos em vários níveis. Pois tais posturas dialógicas promovem o entrelaçamento (“pontes de transição”) das ordens jurídicas em questão no plano reflexivo.

---

<sup>283</sup> NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. p.211.

<sup>284</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 25.

<sup>285</sup> *Ibidem*.

Ou seja, as ordens se inter-relacionam através de releituras de sentidos de cada ordem a partir da outra, sendo que não se trata, portanto, da construção de um sistema hierárquico, uma vez que com a conversação, os sentidos de uma ordem são reconstruídos e rearticulados graças aos sentidos desenvolvidos na outra ordem jurídica. E uma postura de diálogo não equivale a uma postura de cooperação permanente, devido a em todo processo dialógico haver uma possibilidade de disputa, eis que a questão é promover o entrelaçamento de forma não impositiva<sup>286</sup>.

Neste contexto, o transconstitucionalismo se desenvolve a partir de questões e problemas constitucionais, sendo que o entrelaçamento não ocorre por causa da existência de uma constituição única ligando as ordens jurídicas envolvidas, nem por causa de uma relação de hierarquia entre uma ordem e outra. Ele ocorre, porque os problemas essencialmente constitucionais (proteção dos direitos humanos fundamentais e limitação do poder) surgem nas diversas ordens jurídicas que podem se envolver em relações transconstitucionais<sup>287</sup>.

Assim, é possível a transposição da jurisprudência constitucional estrangeira para a jurisdição constitucional nacional por meio de um processo de troca de experiências entre Cortes abertas para o debate, aprendizado e influência recíprocos no enfrentamento dos litígios globais envolvendo direitos fundamentais<sup>288</sup>. O cuidado que qualquer Corte constitucional aberta ao transconstitucionalismo deve ter é o de não praticar o transplante imediato e acrítico do direito estrangeiro, postura negligenciadora dos processos internos de autovalidação da sua ordem jurídica, o que ignoraria a proposta de transversalidade reflexiva entre os múltiplos sistemas e resultaria num indesejado modelo de colonialismo constitucional<sup>289</sup>.

Essa expansão do Direito em si, que caminha com propensão a compartilhar decisões resolutórias de conflitos, divididas por Cortes e Tribunais ao redor do mundo, principalmente no âmbito do Direito Constitucional, é o garantidor dos

---

<sup>286</sup> PEREIRA, Vitor Moreno Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. Dissertação. 2014. Universidade Federal da Bahia- UFBA. Faculdade de Direito. p.125.

<sup>287</sup> Ibidem.

<sup>288</sup> CURSINO, Bruno Barca. *O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 89-121 – jul./dez. 2017.

<sup>289</sup> Ibidem.

princípios e direitos fundamentais<sup>290</sup>. Neste cenário, um fenômeno que merece especial destaque é o surgimento e crescimento de diálogos judiciais entre juízes e Tribunais ao redor do mundo. É o que se pode chamar de globalização judicial, fertilização cruzada, engajamento judicial, interlocução comunicativa ou transconstitucionalismo. Sendo considerado esse fenômeno como uma marca da expansão do constitucionalismo para além do Estado nacional, do aumento da consciência da importância que o constitucionalismo tem para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária<sup>291</sup>.

No que tange aos direitos humanos, justamente por assumirem um caráter universal, suas concretizações são trabalhadas em diversas ordens jurídicas. Sendo nesse momento do diálogo com os sistemas que o transconstitucionalismo contribui de forma decisiva para a resposta juridicamente adequada. Isto porque existem diversas outras ordens legais deparando-se e decidindo acerca de problemas muito próximos. Assim deve ser entendido o transconstitucionalismo: como fonte de incontáveis perspectivas de investigação, uma vez que se trata de um novo e promissor enfoque, principalmente em prol dos direitos humanos<sup>292</sup>.

Neste espírito de harmonizar soluções que envolvam direitos fundamentais recorrentes entre as ordens jurídicas constitucionais no âmbito internacional é possível o deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional, através de diálogo entre as Cortes. Eis que, na atualidade, não se pode mais conceber que cada ordem jurídica resolva isoladamente os problemas universais de direitos fundamentais, na medida em que o mecanismo de solução desenvolvido por um Estado-nação pode e deve ser incorporado por outro país em casos semelhantes ao que se vai decidir. Dentro do contexto de um constitucionalismo democrático.

---

<sup>290</sup> NOGUEIRA, Thiago Silva. *Reflexos do transconstitucionalismo e a eficácia dos direitos fundamentais: recentes decisões*. Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Bruno Vianna. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. P.81-87.

<sup>291</sup> SOLIANO, Vitor. *As interações judiciais em matéria constitucional*. Dissertação. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2014.

<sup>292</sup> RIEKE, Jeanne Simão. *Considerações acerca da internacionalidade do direito constitucional em prol dos direitos humanos: o transconstitucionalismo*. Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Bruno Vianna. – Florianópolis :CONPEDI, 2014.

### 3.2 A necessária aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais dos presos brasileiro

A noção de Estado de Coisas Inconstitucional surgiu da construção jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia em 1997, através da Sentencia de Unificación n° 559<sup>293</sup>. A partir daí o constitucionalismo Colombiano ganhou destaque no cenário da América Latina ao criar e começar a desenvolver uma técnica decisória no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais, tirando da inércia os poderes estatais para darem efetividade aos direitos sociais constitucionais.

Essa criação jurisprudencial da Corte Colombiana, influenciou diversas outras Cortes Constitucionais na América Latina. Pois elas também utilizaram desse fenômeno como mecanismo de concretude dos direitos fundamentais violados massivamente e generalizados pelos poderes públicos em diversos âmbitos.

A exportação dessa técnica aos países vizinhos foi uma consequência de problemas comuns entre as ordens jurídicas que não conseguem concretizar os direitos sociais. Sendo que a Colômbia de aprendiz passou à docência, servindo hoje como paradigma transconstitucional. Porém, no Brasil, o problema comum da falta de efetivação dos direitos sociais constitucionalizados é objeto de estudo dogmático, no mínimo, desde a promulgação da Constituição de 1988. Porém, especificamente, o problema que chamou a atenção dos juristas para o Estado de Coisas Inconstitucional foi o caos carcerário instalado no país diante da inefetividade de uma lei de execução que tem mais de 30 anos<sup>294</sup>.

No caso latinoamericano, Flavia Piovesan nos ensina que o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latinoamericanos. As Constituições latinoamericanas

---

<sup>293</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

<sup>294</sup> LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. *Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações*. Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 193-240.

conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais<sup>295</sup>.

Neste contexto, o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latinoamericanos. E b) tendo como ponto de partida as Cortes latinoamericanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico<sup>296</sup>.

Assim, no intuito de buscar uma resolução para o problema da omissividade estatal em relação a todos os encarcerados, saindo do contorno individual e ganhando dimensões *erga omnes*, o partido político brasileiro Socialismo e Liberdade - PSOL, em 27 de maio de 2015, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF nº 347/DF<sup>297</sup>. Nesta ação, requereu que fosse o sistema penitenciário brasileiro declarado como Estado de Coisas Inconstitucional, ante as condições desumanas, degradantes e cruéis a que são expostos os detentos no sistema penitenciário brasileiro, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Mello.

O Estado de Coisas Inconstitucional, no Brasil, traz à tona os conflitos entre uma sonhada solução judicial à angustiante situação dos presos no Brasil e a realidade dos limites institucionais, materiais e jurídicos que podem fazer tais sonhos “derreterem”<sup>298</sup>. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, pela primeira vez na jurisdição constitucional brasileira, reconhece em medida cautelar o chamado Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário nacional.

---

<sup>295</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 8, N. 2, 2017, p. 1356-1388.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

<sup>297</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>298</sup> MOREIRA, Lucas Pessoa. *O Estado de coisas inconstitucional e seus perigos*. APESP – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo. 2015. Disponível em: <[https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_lucaspessoa051015.pdf](https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf)>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos é o autor que iniciou o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. E sustenta em sua obra a possibilidade para o Brasil:

A intervenção judicial, realizada quando da declaração do ECI, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos requisitos próprios e não implicando supremacia judicial, revela-se postura judicial legítima. Dirigida a superar omissões estatais, especialmente a formulação e implementação deficientes de políticas públicas, juízes e cortes procuram defender a ordem objetiva de valores, a idéia de constituição como um todo, o projeto constitucional originário. A preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais, com a proteção deficiente de direitos independentemente da tipologia normativa dos dispositivos constitucionais envolvidos<sup>299</sup>.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional foi decisivo para que o STF determinasse a adoção de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários para o equacionamento da situação do sistema carcerário nacional. Trata-se de uma guinada jurisprudencial de grande impacto que está a suscitar a preocupação de parlamentares, juristas e agentes públicos sobre a necessidade de essa nova linha jurisprudencial ser balizada, com o claro estabelecimento de limites normativos, sob pena de as competências específicas dos demais Poderes – Executivo e Legislativo – serem usurpadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional<sup>300</sup>.

Nesta mesma linha, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema<sup>301</sup>. Entendida nestes termos, o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário, a idéia é fazer com que os responsáveis assumam as

---

<sup>299</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodium, 2016. p.256.

<sup>300</sup> VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do supremo tribunal federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186).

<sup>301</sup> LIMA, George Marmeistein. *Estado de Coisas Inconstitucional - ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?* Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso: 03 de maio de 2018

rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema<sup>302</sup>.

Dirley da Cunha Junior se posiciona também a favor do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, sob o argumento de que pode reforçar o sistema de garantias dos Direitos Fundamentais, sobretudo de segmentos populacionais mais vulneráveis e afetados pelo estado de inércia e indiferença dos poderes públicos<sup>303</sup>.

E resume que o instituto no Brasil pode servir pedagogicamente para (a) estimular a adoção de medidas reais e efetivas. Podendo, ainda, (b) provocar um sério e sincero debate a respeito da falta ou insuficiência de políticas públicas em determinados setores sensíveis (não apenas no sistema penitenciário, mas também nos caóticos sistemas públicos de saúde, de ensino e de segurança pública) e (c) proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas<sup>304</sup>.

É o Estado de Coisas Inconstitucional um modelo ou espécie nova e estruturada de ativismo, o qual merece guarida no nosso ordenamento jurídico. Tendo o condão de combater as irregularidades do governo e representação política parlamentar, em relação a direitos fundamentais massivamente violados pela falta de políticas públicas, devido às reiteradas omissões dos órgãos e Poder competente para elaboração destas políticas. Bem como sua execução no afã de garantir tais direitos, como também irá diminuir o número de demandas individuais<sup>305</sup>.

Em suma, é a senha para que se possa ver um Estado mais organizado, no qual o Supremo Tribunal Federal irá exigir, fiscalizar, incentivar e orientar os Poderes Executivo e Legislativo, bem como seus órgãos e as Cortes Judiciais inferiores, a garantir os Direitos Fundamentais calcados na CF/88 e inerente ao povo brasileiro<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> Ibidem.

<sup>303</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

<sup>304</sup> Ibidem.

<sup>305</sup> ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 145, fev 2016.

<sup>306</sup> Ibidem.

Neste sentido, mesmo que o STF, em um desejável esforço de autocontenção, afirme explicitamente em sua decisão que o Estado de Coisas Inconstitucional seria aplicável apenas se boitatás e sacis passarem a habitar a terra, mesmo assim, a ADPF 347 deveria prosperar<sup>307</sup>.

Desse modo, existem diversas espécies de ativismo, como o metodológico, contramajoritário e o dialógico. Mas a contribuição para ampliar a efetividade dos direitos fundamentais vem de um ativismo como diálogo entre os poderes, que contribua para o exercício de uma efetiva fiscalização e controle dos atos da Administração, como é o caso do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>308</sup>.

Portanto, é possível incorporar a tese do Estado de Coisas Inconstitucional colombiano através do transconstitucionalismo para utilização pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista que nossa Constituição dispõe sobre a necessidade de uma integração entre os países latinoamericanos, bem como a Carta colombiana possui um mandamento recíproco de integração. Logo, com as devidas adaptações, não há óbice para seu uso pelo poder Judiciário<sup>309</sup>.

Todavia, a doutrina diverge quanto à aceitação da incorporação pelo Brasil do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional. Como podemos perceber no contraponto feito por Glezer e Machado<sup>310</sup>, ao afirmarem que a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal sobre a ilicitude e indignidade estrutural do sistema penitenciário brasileiro foi uma grande decepção com toques de engodo, com resultado estrondoso. Porém, mascara que, nos detalhes, qualquer traço de mudança real foi apagado pelos ministros do Supremo pois, na prática, nada muda.

Não nos convence essa posição, na medida em que temos como precipitada tal conclusão, devido a não ter ocorrido sequer o julgamento do mérito da ADPF 347

---

<sup>307</sup> RODRIGUES, José Rodrigo. *Estado de coisas surreal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

<sup>308</sup> LEGALE, Siddharta; MARTINS, Alisson Silva. *Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e a ação civil pública de Uruguiana*. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 224-247. ISBN 978-85-450-0196-6.

<sup>309</sup> LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. *Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações*. Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 193-240.

<sup>310</sup> GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional* [online]. In: JOTA. Publicado em 9 de setembro de 2015. Disponível em:<<https://goo.gl/Xck1iL>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

perante ao Supremo Tribunal Federal para que, assim, seja possível afirmar a decepção com o recente instituto incorporado no Brasil. Eis que no julgamento cautelar, no que pese ter sido uma decisão tímida, foi dado o primeiro passo, para a abertura ao diálogo com o constitucionalismo da América Latina. Lado outro, o STF demonstrou preocupação em não antecipar o julgamento do mérito, agindo, assim, com a devida prudência necessária para a ocasião, abrindo o debate, sob pena de não atingir os propósitos para os quais foi criado.

Ademais, é neste cenário de construção do instituto no Brasil que se faz legitimar como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas com referência ao sistema penitenciário.

Giorgi, Faria e Campilongo também fazem críticas ao Estado de Coisas Inconstitucional, sob o argumento de que é mais uma faceta do fenômeno da judicialização da administração pública. Pois, no plano dos ideais, estamos diante de valores políticos fundamentais para a coesão social. Contudo, o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas, que é capaz de construir e controlar, assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina, e afirmam:

Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as “coisas” – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais? Qual a competência de uma Corte Suprema para “compensar a incompetência” do sistema político? Ela pode compensar a inércia dos outros Poderes com sua competência ativa? Quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) de ECI? Teria a Corte competência para compensar sua própria incompetência? O reconhecimento de um ECI é jurídico ou político? Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenização aos prejudicados? Ressarcidos os danos, a inércia subsistirá? Por que o povo teria confiança política nos juízes e desconfiaria da capacidade dos políticos? Por que acataria o poder político dos juízes como substituto do poder convencional do sistema político? Ou seja, negar-se-ia consenso à inércia política convencional com a paradoxal ativação de um novo polo – a Corte Suprema? O que garante que a nova política também não será inerte? Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça, pois perde-se a diferença funcional entre o papel da política e o papel do Direito<sup>311</sup>.

<sup>311</sup> DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517312/noticia.html?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517312/noticia.html?sequence=1)>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

Na mesma esteira crítica, Lenio Streck afirma que o Estado de Coisas Inconstitucional — ECI — é uma forma de ativismo judicial camuflado, devido às tensões entre os poderes tornarem o Judiciário cada dia mais forte, e o ECI é “a cereja no bolo” para vitaminar o ativismo. Com o tempo, a simples evocação do ECI será o motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. Sendo que o objeto do controle de constitucionalidade são as normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem, o que gera a sua discordância com o modo como a noção de ECI foi construída e o receio pela banalização que ela pode provocar, acarretando ainda o risco (também) de ser utilizado para fins retóricos<sup>312</sup>.

Sifferman e Silva se perfilam do lado da crítica por entenderem que qualquer declaração de inconstitucionalidade deve ter objeto específico, de forma a orientar a atuação da Corte Suprema na decisão da solução constitucionalmente adequada. Porém, nos casos observados e nos próprios requisitos do ECI, observam-se pedidos genéricos e excessivamente abstratos, velando o próprio aparecimento do objeto da pretensão na ação, o que pode dificultar ainda mais em efetivar a jurisdição constitucional ao caso concreto<sup>313</sup>.

Inobstante a relevância das críticas ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, temos que pontuar que é hiperbólica, na medida em que não faz inovação das comuns críticas ao ativismo judicial. O que não se confunde com a missão constitucional do STF para proferir sentenças estruturais, conforme ocorreu no caso do da ADPF 347. E, com isso, fazer cumprir os direitos sociais previstos na Constituição Federal. Além do mais, as referidas críticas desfiguram o conceito e pressupostos do instituto, elaborada por Blanca Ráquel Cárdenas:

Um Estado de Coisas Inconstitucional é uma figura de caráter processual e de vocação oficiosa, para a defesa de direitos humanos, a fim de resolver casos em que se apresenta uma violação sistemática de direitos

---

<sup>312</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

<sup>313</sup> SIFFERMANN, Thiago De Oliveira Rocha; SILVA, Anderson Luiz Brasil. *Elementos críticos à recepção teórica do estado de coisas inconstitucional no etat de l'art brasileiro*. [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga. – Florianópolis :CONPEDI, 2016.

fundamentais de um grupo significativo de pessoas, cujas causas guardam relação com falhas sistemáticas ou estruturais e com políticas públicas, onde se requer envolver a todos os órgãos públicos necessários e adotar medidas de caráter impessoal que tendem a superar este *status quo* injusto, e no qual o juiz constitucional mantém a competência para vigiar o cumprimento da decisão<sup>314</sup>.

Oportunos são os argumentos de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, frente às críticas recebidas pelo instituto dos citados autores acima. Pois em sua indagação se devemos temer o instituto, responde que se o Estado de Coisas Inconstitucional possuir toda a potencialidade negativa alegada, implicar a ubiquidade das declarações de inconstitucionalidade e investir o Supremo do poder de proclamar decisões tão arbitrárias e absurdas, sem dúvida, temos muito a temer. E afirma:

Ao contrário, nada temos a temer se o ECI possuir apenas os elementos e pressupostos formulados, originalmente, pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC), e se requerer do STF não mais que o comportamento judicial proposto pelo ministro Marco Aurélio na ADPF 347. A resposta, verdadeira ou falsa, depende da concepção, certa ou errada, que se tem do ECI. O ECI, tal como desenhado pelos autores, não corresponde à técnica construída pela CCC e defendida na ADPF 347. A descrição, promovida pelos ilustres professores, se encaixa, inequivocamente, ao quadro de riscos e excessos que pintaram. Pudessem, realmente, o ECI produzir todos os estragos articulados, deveria ser tido como natimorto entre nós. Todavia, tem-se aqui clara hipótese do “argumento do espantalho” (*straw man fallacy*): os autores apresentaram uma visão distorcida do ECI, de seus pressupostos e implicações. Não estou querendo dizer que a distorção foi proposital. Longe disso. Mas ela ocorreu, ainda que de forma intelectualmente honesta. Ocorreu e deve ser refutada<sup>315</sup>.

Ademais, a objetividade e excepcionalidade da tutela no Brasil decorre de dois dos pressupostos para configuração do Estado de Coisas Inconstitucional. Ou seja, a violação generalizada dos direitos fundamentais e a ausência de políticas públicas para superar o quadro de violação endêmica de direitos humanos, ante a omissão estatal. Apoiado nas decisões da Corte Constitucional e na doutrina colombiana, Campos define o conceito e pressupostos do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional:

<sup>314</sup> RAQUEL CÁRDENAS, Blanca. *Contornos jurídicos-fáticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.24.

<sup>315</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

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 decorrentes 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 a superação dessa realidade inconstitucional, sendo que o Estado de Coisas Inconstitucional anda lado a lado com as sentenças estruturais<sup>316</sup>.

Neste contexto, as críticas ainda não procedem, pois não é qualquer falha no funcionamento das instituições que a Corte Constitucional utiliza o mecanismo do Estado de Coisas Inconstitucional, devido à excepcionalidade da aplicação do instituto. Segundo Raquel Cárdena Blanca<sup>317</sup> os contornos fáticos e jurídicos desses pressupostos formam a *ratio decidendi* do Estado de Coisas Inconstitucional. A ubiquidade evita-se a partir do momento em que se levam a sério os pressupostos de configuração do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>318</sup>.

O instituto tal como desenhado pelos autores críticos, não corresponde à técnica construída pela Corte Constitucional da Colômbia e defendida na ADPF 347. Eis que, pela descrição promovida pelos ilustres professores, se encaixa, inequivocamente, ao quadro de riscos e excessos que pintaram. Pois pudesse realmente o instituto produzir todos os estragos articulados deveria ser tido como natimorto entre nós. Todavia, tem-se aqui clara hipótese do “argumento do espantalho” (*straw man fallacy*): os autores apresentaram uma visão distorcida do ECI, de seus pressupostos e implicações, sem querer dizer que a distorção foi proposital, longe disso, mas ela ocorreu, ainda que de forma intelectualmente honesta e deve ser refutada<sup>319</sup>.

<sup>316</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodium, 2016. p. 187.

<sup>317</sup> RAQUEL CÁRDENAS, Blanca. *Contornos jurídicos-fáticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.146.

<sup>318</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Tese de Doutorado apresentada a UERJ, Rio de Janeiro, 2015. (Mimeo). Disponível em: <[https://www.academia.edu/15142674/Da\\_Inconstitucionalidade\\_por\\_Omiss%C3%A3o\\_ao\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional.\\_2015.\\_Tese\\_de\\_Doutorado\\_em\\_Direito\\_P%C3%BAblico](https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional._2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico)> Acesso em: 10 de maio de 2018.

<sup>319</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

Lado outro, conforme afirma Pietro Alarcon, a Constituição de 1988 projetou um modelo de vida para a comunidade organizada, uma aspiração de futuro da qual se desprendem tarefas concretas para o Poder Público. Sendo que, nesse modelo, as liberdades públicas, os direitos sociais e políticos, as diversas formas de expressão humana, devem ecoar, transparecer e se concretizar. Porém, certamente essa não é a realidade nacional em campos como a educação, a saúde, a segurança pública, o sistema penitenciário, a seguridade social, a situação das crianças e dos adolescentes, para apenas citar alguns<sup>320</sup>.

Desse modo, o papel das Supremas Cortes e Cortes Constitucionais é a proteção e promoção os direitos fundamentais, assegurar o governo da maioria e resguardar as regras do jogo democrático. Sendo a judicialização uma circunstância que decorre do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos, incluindo o acesso à justiça, a definição constitucional de direitos fundamentais e a existência de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais com o papel de dar-lhes cumprimento<sup>321</sup>.

Por isso, coadunamos com o pensamento de Alarcon, de que se o Estado de Coisas Inconstitucional servisse para caracterizar toda e qualquer situação na qual a realidade não retrata o projeto constitucional, então não seria preciso refletir sobre seu conteúdo jurídico. Por isso, consideramos que através do teórico, estruturalmente, não é possível construir a tese de que o instituto serve para caracterizar juridicamente toda e qualquer situação. Muito embora, na atual quadra do Constitucionalismo, nos cenários de sociedades periféricas ou semiperiféricas, o papel do Judiciário seja especialmente relevante para a efetivação do Estado Social de Direito. Pois não é possível construir a realidade aguardada a partir quase que exclusivamente de decisões judiciais<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> ALARCON, Pietro. *Interpretação constitucional no Brasil*. coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. ISBN 978-85-8191-065-9. p.111.

<sup>321</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença. v. 16, n. 1, pp.217-266, jan./jun. 2018.

<sup>322</sup> ALARCON, Pietro. *Interpretação constitucional no Brasil*. coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. ISBN 978-85-8191-065-9. p.95.

Assim, pode surgir uma visão da jurisprudência para constituir-se em vanguarda defensora da Constituição ou correr à margem dela. Sendo que, devido aos impasses e transtornos ocasionados pela omissão estatal para a efetivação de direitos, converteram-se as cortes constitucionais em instâncias promotoras do bem-estar social. Obrigando-as a um dever decisório que tem sido qualificado como ativismo judicial. Ou seja, da filtragem constitucional desejada passamos a uma discussão sobre ativismos conservadores ou ativismos progressistas. Na medida em que, se a polêmica fosse concentrada no terreno da política, seria muito mais singelo manter uma posição. Eis que aplaudiríamos o progressismo e qualquer conservadorismo seria rejeitado. Porém, pode o cientista do Direito aplaudir quando convém? Quem diria o que é progresso ou conservação? O Judiciário? O povo?<sup>323</sup>

A questão, por isso, é mais profunda e difícil. Pois não é compatível com a supremacia material da Constituição que a construção de uma norma de decisão; nos casos em que as Cortes examinem situações nas quais sejam requeridas providências para atender gravíssimas violações de direitos humanos ou proteção de grupos vulneráveis; seja ancorada numa visão burocrática. Uma visão que não leve em conta as diferenças qualitativas da interpretação constitucional, na qual a Constituição deve ser vista como um “modelo axiológico”, que é na verdade um *valor em si*, em cujo centro está a garantia dos direitos fundamentais<sup>324</sup>.

Para arrematar, importante a lição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao afirmar que, somado nosso sistema de direitos fundamentais ao modelo de ações constitucionais, máxima a ADPF, têm-se que a Carta de 1988 oferece desenhos institucionais que permitem que seja cogitada no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, a prática de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Esta voltada a enfrentar falhas estruturais causadoras de violação massiva de direitos fundamentais. Fazendo-se necessário, primeiramente, evoluir o pensamento teórico sobre a omissão inconstitucional vinculada à proteção deficiente dos direitos fundamentais.

Dáí chega-se à declaração do instituto, envolvida omissão estrutural e falhas na formulação e implementação de políticas públicas, ligada à dimensão objetiva

---

<sup>323</sup> Ibidem.

<sup>324</sup> Ibidem.

dos direitos fundamentais e tutelável, preferencialmente, por meio de ADPF<sup>325</sup>. E, desse modo, o STF em cumprimento ao "plus normativo" da Constituição Federal de 1988, tem que exercer sua função constitucional em dar efetividade aos dispositivos constitucionais, aliás, tem o dever de promover soluções que amenizam as gravidades da crise do sistema penitenciário brasileiro, que diante da omissão estatal, fere os direitos fundamentais dos presos brasileiros.

Assumindo uma posição intermediária quanto ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, Bezerra e Viera afirmam que a impressão inicial, pelo menos até o ajuizamento da petição inicial da ADPF 347 e a consequente decisão em caráter liminar pelo STF, é de que ambos, peticionários e magistrados, parecem não ter colocado o instituto jurídico do "Estado de Coisas Inconstitucional" em sua dimensão originária<sup>326</sup>.

Em síntese, sustentam os citados autores que a sua recepção pela doutrina e jurisprudência brasileiras sem considerar a premente necessidade de promover um profundo redesenho institucional, não apenas do processo decisório do STF, mas também de nossa política pública carcerária, a partir da criação de novos mecanismos de participação deliberativa, de monitoramento e controle social acaba, por esvaziá-lo, para além disso, não se deve perder de vista que, independentemente da origem, a incorporação de novas ideias e mecanismos jurídicos necessita de todo um suporte social e institucional preliminar para serem asseguradas a sua operabilidade e efetividade e concluem:.

Em contrapartida, apesar de reconhecer os limites e desafios político-institucionais da devida incorporação da iniciativa judicial de efetivar direitos fundamentais a partir do reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional" pelo STF, em face do atual arranjo institucional brasileiro, ressalta-se a validade da aposta neste experimentalismo judicial, assistindo razão a doutrina e jurisprudência colombianas, ao reforçar que o referido instituto contribui para o necessário fortalecimento da democracia deliberativa na *práxis* do Sistema Justiça, assim como para a implementação efetiva de direitos fundamentais historicamente sonogados pela inércia estatal.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodium, 2016. p. 262.

<sup>326</sup> VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. *Estado de coisas fora do lugar (?)*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>> Acesso em 03 de maio de 2018.

<sup>327</sup> *Ibidem*.

Nesta mesma linha, Schinemann sustenta que o parcial fracasso desta figura na experiência colombiana não afasta imediatamente sua aplicação na jurisdição constitucional do Brasil, entretanto, ela deve ocorrer de modo dialogado com o já construído modelo colombiano, de modo a aperfeiçoar os mecanismos de operação e afastar as vicissitudes, porém, este diálogo só será profícuo se o Supremo Tribunal Federal se abrir verdadeiramente a um modelo de deliberação dialógica, que deixe de encarar a jurisprudência estrangeira como um mero enfeite, passando a utilizá-la de maneira racional e legitimadora de decisões tomadas no controle de constitucionalidade<sup>328</sup>.

E conclui o autor que não devendo, portanto, incorporar o Estado de Coisas Inconstitucional apenas como mais uma categoria dentro da complexa sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, o que esvazia-o por completo de suas potencialidades práticas<sup>329</sup>.

Guilherme Peña De Moraes, em palestra na Escola da Magistratura do Estado do Rio e Janeiro em 1º de outubro de 2015, aborda o tema do Estado de Coisas Inconstitucional sob outra perspectiva. Refere-se ao uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais, através do diálogo entre Tribunais, defendendo a possibilidade do Tribunal Constitucional brasileiro fazer uso da jurisprudência de outro país. Ou seja, está presente o constitucionalismo multinacional, no qual o constitucionalismo não é mais somente interno, mas tem problemas comuns que perpassam certos Estados<sup>330</sup>.

O uso dos direitos estrangeiro e internacional na interpretação constitucional feita por tribunais e órgãos judiciais em geral, é contudo, apenas uma das formas de migração de idéias constitucionais entre sistemas jurídicos, sendo considerado um fenômeno global. Pois trata-se de uma prática cada vez mais comum ao redor do mundo e já constatada em vários países, por exemplo, Estados Unidos, Canadá Alemanha, Argentina, México, Romênia, Rússia, Índia, Sri Lanka, Hungria,

---

<sup>328</sup> SCHINEMANN, Caio César Bueno. *Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016.

<sup>329</sup> Ibidem.

<sup>330</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Youtube, 25 out. 2015. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=6zV82ikMtyU>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

Tanzânia, Itália, África do Sul, Israel, Irlanda, Inglaterra, Noruega, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Espanha, Holanda, Polônia, Austrália e França<sup>331</sup>.

Sendo assim, importante é a observação de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que afirma que com ordens flexíveis da espécie, cortes respeitam as credenciais democráticas e as capacidades institucionais dos outros poderes, mantêm de pé as fronteiras entre Direito e Política e minimizam riscos de não cumprimento das decisões, sendo que em vez de servir ao “fechamento do Congresso”, o ECI pode contribuir à sua atuação ao chamar atenção para direitos de grupos vulneráveis e minorias sub-representadas, cujos interesses acabam caindo em “pontos-cegos legislativos”<sup>332</sup>.

Campos ensina que em vez de ir contra a Constituição e os direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional pode servir para diminuir a distância entre o garantismo textual e a realidade desigual e desumana em diferentes quadras, eis que em vez de oportunizar a declaração de “inconstitucionalidade do Brasil”, o instituto pode contribuir a torná-lo um país mais inclusivo e atento à dignidade humana como bem intrínseco de todo e qualquer indivíduo<sup>333</sup>.

Desse modo, todas as críticas devem servir como um ponto de reflexão para que o Supremo Tribunal Federal utilize a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional com todo rigor que se exige de uma Corte Constitucional, para assegurar a máxima efetividade e evite a banalização do instituto.

Portanto, no que pesem os posicionamentos contrários à incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, nos filiamos ao pensamento dos autores que são favoráveis à incorporação do instituto no Brasil, mesmo que na posição intermediária. Pois, como nos ensina Alonso Freire<sup>334</sup>, a invocação judicial de

---

<sup>331</sup> FREIRE, Alonso. *O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Idéias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p.99-125.

<sup>332</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

<sup>333</sup> Ibidem.

<sup>334</sup> FREIRE, Alonso. *O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Idéias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais*. In:

normas, teses acadêmicas e precedentes judiciais estrangeiros e internacionais tem servido como um instrumento argumentativo poderoso.

Desse modo, reforça o diálogo transnacional e um Estado global de direitos por meio de uma jurisprudência também global, bem como o discurso transnacional e a promoção da confluência entre o direito doméstico e o direito internacional são boas formas de se garantir o Estado de Direitos e os direitos humanos.

Alonso Freire nos ensina ainda que há a necessidade de um "cosmopolitismo ético" com apoio na suposição de que, sendo os direitos humanos universais, sua aplicação também deve ser universal, eis que permite a discussão da eficácia das diferentes soluções para a mesma questão. Pois respostas harmonizadas facilitam a solução dos problemas encontrados em sistemas similares, diminuindo os riscos de decisões erradas, e concluiu por fim, que o uso do direito transnacional aumenta a legitimidade local das decisões judiciais e convida o monitoramento externo a luz do Direito Internacional<sup>335</sup>.

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, somado o nosso sistema de direitos fundamentais ao modelo de ações constitucionais, máxima a ADPF, têm-se que a Carta de 1988 oferece desenhos institucionais que permitem sejam cogitados no Brasil e pelo Supremo Tribunal Federal, a prática de declaração do ECI voltada a enfrentar falhas estruturais, causadoras de violação massiva de direitos fundamentais<sup>336</sup>.

Evoluindo o pensamento teórico sobre a omissão inconstitucional vinculada à proteção deficiente dos direitos fundamentais, Carlos Alexandre chega à conclusão do Estado de Coisas Inconstitucional, devido a omissão estrutural e falhas na formulação e implementação de políticas públicas, ligada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e tutelável preferencialmente por meio da ADPF, e sintetiza:

---

Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p.99-125.

<sup>335</sup> Ibidem.

<sup>336</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Tese de Doutorado apresentada a UERJ, Rio de Janeiro, 2015. (Mimeo). Disponível em: <[https://www.academia.edu/15142674/Da\\_Inconstitucionalidade\\_por\\_Omiss%C3%A3o\\_ao\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional\\_.2015.\\_Tese\\_de\\_Doutorado\\_em\\_Direito\\_P%C3%BAblico](https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico)> Acesso em: 10 de maio de 2018.

No Brasil, reúnem requisitos institucionais e políticos que permitem cogitar-se, ao menos em abstrato, da declaração do ECI e da atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de superá-lo mediante ordens estruturais e materiais, com alvo no sistema penitenciário brasileiro.<sup>337</sup>

Por força da atual Constituição brasileira<sup>338</sup>, o judiciário é o legitimado para impor à administração pública a obrigação de fazer política pública para resguardar e concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos que se encontram encarcerados no país. Assim, podemos dizer que diante da ausência de política pública dos Poderes estatais referente ao sistema penitenciário brasileiro, deve o Judiciário buscar mecanismos efetivos de proteção das demandas individuais e sociais, bem como vincular os poderes ao cumprimento das regras constitucionais.

Os mecanismos de ações mandamentais existentes de proteção judicial dos direitos subjetivos, previstos na nossa Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII<sup>339</sup>, tais como Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Datas e Mandado de Injunção não são suficientes para a concretude dos direitos fundamentais pelos poderes públicos, o que justifica a incorporação do

---

<sup>337</sup> Ibidem

<sup>338</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

<sup>339</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;  
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - 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;

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, através da ação de descumprimento de preceitos fundamentais.

O Ministro Marco Aurélio Melo<sup>340</sup>, ao proferir seu voto como relator da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347/DF, afirma que a intervenção do Supremo Tribunal Federal mostra-se legítima, devido a estar presente um padrão elevado de omissão estatal frente à situação de violação generalizada de direitos fundamentais, sendo que a solução para as graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados; não consegue avançar nas arenas políticas, ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado.

Salienta o referido Ministro que nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática, pois, 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, e conclui:

O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>341</sup> *Ibidem*.

O descumprimento dos direitos fundamentais, resguardados na Constituição Federal, afeta os pilares do sistema constitucional, na medida em que vivemos o que Marcelo Neves denomina como "constituição simbólica"<sup>342</sup>, na qual os direitos fundamentais não possuem aplicabilidade pelos próprios poderes públicos. Pois a transgressão aos direitos fundamentais tornou-se tão insustentável, ao modo que o Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral da questão constitucional, em julgamento pelo plenário<sup>343</sup> fixou a tese de que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico. Eis que é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

O problema da Constituição brasileira reside na viabilização da concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente expressos, que, por vezes encontram obstáculos difíceis de serem combatidos e acabam por acarretar reiteradas transgressões à carta maior. Sendo que o direito brasileiro caminha lentamente ao encontro da implementação dos mencionados direitos, consistindo ainda em uma Constituição "meramente ilustrativa" no que se refere aos direitos fundamentais<sup>344</sup>.

Levando em consideração os argumentos contrários e favoráveis à teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, conclui-se pela possível aplicabilidade de tal modelo no ordenamento jurídico do Brasil. Pois na Constituição Federal de 1988 há

---

<sup>342</sup> Marcelo Neves em sua obra afirma que a Constituição Simbólica é definida como aquela em que há predomínio ou hipertrofia da função simbólica (essencialmente político-ideológica) em detrimento da função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico), podendo-se dividir a Constituição Simbólica em dois sentidos: NEGATIVO: a constitucionalização simbólica possui um déficit de concretização jurídico-normativa do texto constitucional, perdendo a sua capacidade de orientação generalizada das expectativas normativas; e POSITIVO: a constitucionalização simbólica serve para encobrir (mascarar) problemas sociais, obstruindo transformações efetivas na sociedade.(NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007)

<sup>343</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 580252*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>344</sup> CAVALCANTI, Gabriela Soares. *O constitucionalismo latino-americano e sua consecução no Brasil: a problemática da viabilização dos direitos fundamentais em uma constituição meramente ilustrativa*. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio De Janeiro. 2017.

a previsão de instrumentos que possibilitam e encaixam-se ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>345</sup>.

Além disso, a realidade social do país exige soluções novas e posturas expansivas do judiciário para movimentar as estagnações políticas históricas. Portanto, o mecanismo do instituto criado pela Corte Colombiana pode ser uma importante solução para os problemas de violação da dignidade da pessoa humana em excepcionais aplicações<sup>346</sup>.

Ada Pellegrini Grinover e Paulo Henrique Lucon, no que se referem à ADPF 347 e ao controle judicial de políticas públicas, sustentam que a decisão pelo Supremo Tribunal Federal será um marco no controle judicial de políticas públicas no Brasil. Pois a ADPF 347/DF vem nos lembrar que o controle judicial de políticas públicas não é uma patologia do Judiciário, mas uma realidade social, política e cultural, que o direito processual e o ordenamento jurídico como um todo não podem ignorar, sob pena de falhar nas suas funções de justiça e pacificação social<sup>347</sup>.

Neste contexto, acreditamos como necessária a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil como um mecanismo de possível concretização dos direitos fundamentais dos presos brasileiro. Pois a Constituição Federal não pode ser considerada pelos Poderes Públicos como papel em branco, mas um instrumento para garantir os direitos humanos e efetivar o Estado Democrático de Direito.

### 3.3 O reflexo no sistema penitenciário brasileiro após a decisão liminar na ADPF 347/DF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

Conforme desenvolvido no capítulo 2.3, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em 09 de setembro de 2015, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, julgou os pleitos cautelares formulados na exordial da referida ADPF

---

<sup>345</sup> FISCHER, Tatiana Fagundes. *A (in)aplicabilidade do modelo do estado de coisas inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro*. Trabalho de conclusão do curso de direito. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2017.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

<sup>347</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini; LUCON, Paulo Henrique. *ADPF 347 e o controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: <[http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/09/1686769-adpf-347-e-o-controle-judicial-de-politicas-publicas.shtml?loggedpaywall#\\_=#\\_](http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/09/1686769-adpf-347-e-o-controle-judicial-de-politicas-publicas.shtml?loggedpaywall#_=#_)> Acesso em: 25 de julho de 2018.

347/DF<sup>348</sup>. Sendo publicado o acórdão em 19/02/2016, fixando os pontos essenciais na ementa<sup>349</sup>. Nesta oportunidade, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir medidas cautelares pleiteadas<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

<sup>349</sup> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

<sup>350</sup> Em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, que reajustou o voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

No que pese a importante decisão, temos que a Corte brasileira teve um comportamento acanhado ao deferir apenas duas medidas cautelares do autor e uma de ofício. Neste caso, o plenário perdeu a oportunidade de tomar uma postura mais efetiva face ao sistema calamitoso do sistema penitenciário. Porém, com a cautela necessária, promoveu os primeiros passos para superar o Estado de Coisas Inconstitucional e cumprir a constituição.

Se de um lado os pedidos da inicial na ADPF 347/DF foram demasiadamente exaustivos no que se refere à determinação do conteúdo que deve constar dos planos a serem elaborados pelos governos federal e estaduais. O que restringe a construção dialógica das políticas públicas a serem desenvolvidas nessas esferas de Poder. Do outro lado, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que no bojo de medida cautelar, foi bastante tímida, uma vez que o requerimento constante da alínea *a* – de que os juízes fundamentem as determinações de prisões provisórias na impossibilidade de adoção de outras medidas cautelares alternativas à privação de liberdade previstas no art. 319 do Código de Processo Penal – decorre da própria Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXI, e da sistemática do Código de Processo Penal brasileiro<sup>351</sup>.

Segundo a Agência Contas Abertas, em 28 de outubro de 2016, cerca de R\$ 3,3 bilhões estão disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen). Sendo que o saldo contábil do Fundo cresceu consideravelmente nos últimos anos, na medida em que no ano 2000 o saldo disponível e não aplicado atingiu apenas R\$ 175,2 milhões. A execução orçamentária, também é problemática. Em 2016, o orçamento previsto para o Funpen é de R\$ 682,7 milhões, mas já passados quase 11 meses do ano, apenas R\$ 270,6 milhões foram realmente executados (39,6%)<sup>352</sup>.

O montante de R\$ 412,2 milhões está destacado no orçamento como “Reserva de Contingência”. Recurso que, na prática, não é utilizado e apenas contribui para melhorar o resultado fiscal. Dessa forma, iniciativas de modernização

---

<sup>351</sup> GUIMARÃES, Mariana Rezende. *O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017. p. 84.

<sup>352</sup> CONTAS ABERTAS. *Descaso: governo tem R\$ 3,3 bi parados para reforma e ampliação de presídios*. Contas Abertas, Goiânia, 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/site/noticias/descaso-governo-tem-r-33-bi-parados-para-reforma-e-ampliacao-de-presidios>>. Acesso em: 24 de julho de 2018.

de infraestrutura de presídios e para a desarticulação do crime organizado, por exemplo, não recebem a verba prevista<sup>353</sup>.

Para esta Organização Não Governamental<sup>354</sup>, o principal problema do Funpen não é a falta de recursos. Mas sim devido a questões fiscais a verba não é efetivamente destinada aos objetivos do Fundo. Pois os valores ficam bloqueados pela área econômica de forma a contribuir para minimizar o déficit fiscal.

O reconhecimento por parte da mais alta Corte judiciária deste país quanto à existência perene de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário revela a importância da atuação do STF em intervir nas questões orçamentárias para salvaguardar os direitos fundamentais do Texto Maior, ao combater as violações decorrentes de atos comissivos e omissivos do Poder Público<sup>355</sup>. Em 15 de junho de 2016, a União descumpriu a liberação dos Funpen para os Estados de Mato Grosso do Sul, Piauí, Alagoas, Goiás, Rio Grande do Sul, São Paulo e Sergipe. Razão pela qual apresentaram petição na ADPF 347/DF<sup>356</sup> afirmando não terem notícia da liberação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional, anotando que o descumprimento da medida acauteladora implementada pelo Supremo tem causado evidentes prejuízos aos entes federados.

Entretanto, não houve a aplicação pelo Ministro Relator de nenhuma medida coercitiva que assegurasse a autoridade da decisão do plenário, na medida em que se limitou a deferir o pedido para determinar à União a imediata liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional, relativos ao Estado da Bahia, em 22 de junho de 2017<sup>357</sup>, e do Estado do Ceará em 22 de novembro de 2017<sup>358</sup>.

Após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213 de 15

---

<sup>353</sup> Ibidem.

<sup>354</sup> Ibidem.

<sup>355</sup> SANTOS, Priscilla Macêdo; FRANÇA, Samara Carina Albuquerque. *Contingenciamento e desvio de finalidade do fundo penitenciário nacional: o controle judicial do orçamento na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 347*. In: II ENPEJUD: Decisão judicial: processo decisório e precedentes. Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas. 2017.

<sup>356</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347/DF*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/api/peca/recuperarpdf/309834856>> Acesso em 26 de julho de 2018.

<sup>357</sup> Ibidem.

<sup>358</sup> Ibidem.

de dezembro de 2015. O que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Inclusive fixando, através de protocolos, os procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia. Bem como contempla os procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes<sup>359</sup>.

Em reflexo ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, Deborah Zampier, da agência de notícias do Conselho Nacional de Justiça em junho de 2016, afirma que a principal política criminal da atual gestão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi a implantação das audiências de custódia, que já evitaram a prisão desnecessária de mais de 45 mil pessoas que, segundo a legislação brasileira, não precisavam aguardar o julgamento no cárcere<sup>360</sup>. Dados fornecidos pelos tribunais até junho de 2016 mostram que, entre as 93,4 mil audiências de custódia realizadas, 47,46% resultaram em liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares. Já a taxa de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva ficou em 52,54% (50 mil casos)<sup>361</sup>.

Atualmente, 40% dos presos do país são provisórios, o que representa cerca de 250 mil pessoas. O CNJ começou a desenvolver as audiências de custódia de forma piloto em São Paulo em fevereiro de 2015 e, desde então, acordos com tribunais levaram a metodologia a todo o país. Sendo que dados coletados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ (DMF) mostram que as unidades da federação que mais fizeram audiências de custódia foram São Paulo (24,2 mil), Minas Gerais (8,6 mil), Distrito Federal (7,5 mil) e Paraná (5,4 mil), enquanto a maior proporção de liberdades provisórias foi observada nos estados de Alagoas (78,78%), Bahia (65,17%), Mato Grosso (59,92%) e Acre (58,76%)<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

<sup>360</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoos-desnecessarias-2>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

<sup>361</sup> Ibidem

<sup>362</sup> Ibidem.

Além de difundir uma nova lógica no tratamento das prisões provisórias, a metodologia das audiências de custódia também prevê parcerias com o Poder Executivo para o acompanhamento das pessoas colocadas em liberdade. O que ocorre por meio das Centrais Integradas de Alternativas Penais e das Centrais de Monitoração Eletrônica (Resolução n. 213/2015 do CNJ)<sup>363</sup>.

Por fim, até junho de 2016, as audiências de custódia resultaram em quase 11 mil encaminhamentos sociais ou assistenciais (11,51% dos casos) com destaque para o Espírito Santo, que respondeu sozinho por um quarto dos registros (2,8 mil). As audiências de custódia também se mostraram importante ferramenta na detecção de possíveis casos de violência ou abusos cometidos no ato de prisão, com mais de 5 mil registros até o momento (5,32% do total). Embora São Paulo seja o Estado com maiores números absolutos, com quase 2 mil casos, a unidade da federação com maior percentual proporcional é o Amazonas, com 511 alegações de violência registradas em quase 40% das audiências de custódia<sup>364</sup>.

Outro ponto positivo, foi a quantidade de audiências de custódia realizados no Brasil. Segundo dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça<sup>365</sup>, até junho de 2017, foram realizadas 258.485 audiências de custódia, sendo que 115.497 casos resultaram em liberdade. O que perfaz o importe de 44,68%, e 142.988 casos que resultaram em prisão preventiva, perfazendo o importe de (55,32%).

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, que desenvolveu a ferramenta do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), em 23 de julho de 2018, já existem dados de todos os 2.628 presos sob responsabilidade da Justiça Federal, uma vez que os Tribunais Regionais Federais (TRFs) das cinco regiões concluíram o processo de alimentação do banco de dados. Esta ferramenta faz um mapeamento inédito da população carcerária brasileira, a partir de informações do Poder Judiciário, baseado nas ações criminais a que presos provisórios respondem e nos processos de execução penal dos presos definitivos, fornecendo um quadro dinâmico da realidade prisional do país. Os presos da Justiça Federal representam uma minoria da população carcerária brasileira. São 2.438

---

<sup>363</sup> Ibidem.

<sup>364</sup> Ibidem.

<sup>365</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Dados Estatísticos/Mapa de Implantação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

homens e 190 mulheres, presos por crimes julgados pela Justiça Federal, enquanto os cidadãos encarcerados por crimes da alçada da Justiça Estadual somam 551 mil, atualizado no último dia 20/7/18)<sup>366</sup>.

O conselheiro Márcio Schiefler, supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do CNJ, afirma que até o momento, Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins já concluíram a inclusão das informações de suas respectivas populações carcerárias no banco. E, das pessoas já cadastradas, 279.007 são condenadas e 184.711 provisórias. Do total, 441.826 são homens e 22.871 mulheres. O banco também mostra que há no Brasil 133.211 mandados de prisão em aberto. Hoje, no Brasil, não há tema mais atual do que a segurança pública e o sistema carcerário se insere nesse núcleo. Tanto que o Judiciário vem ganhando protagonismo, no sentido de dotar o País de um maior controle sobre sua população carcerária<sup>367</sup>.

A criação do sistema carcerário, segundo Thaís Ciegliniski, da Agência do Conselho Nacional de Notícias do CNJ, é um desdobramento dos julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 e do Recurso Extraordinário 641.320, analisados em setembro de 2015 e março de 2016, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Entre as providências, o Supremo determinou que, diante do Estado Inconstitucional das Coisas, no tocante ao sistema penitenciário, o Judiciário assumisse a responsabilidade no tocante à sua competência<sup>368</sup>.

Mesmo passado quase dois anos da decisão da ADPF 347/DF, temos assim, pouco avanço no que se refere a utilização do Funpen com a finalidade para qual foi criado. Os recursos consignados ao Fundo são aplicados em construção, reforma,

---

<sup>366</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Federal conclui cadastramento de presos no BNMP 2.0*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87186-justica-federal-conclui-cadastramento-de-presos-no-bnmp-2-0>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

<sup>367</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça já tem dados de todos os presos de 22 Estados*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86983-justica-ja-tem-dados-de-todos-presos-de-22-estados>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

<sup>368</sup> *Ibidem*.

ampliação de estabelecimentos penais, formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário, aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais, formação educacional e cultural do preso e do internado, programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes e demais ações que visam o aprimoramento do sistema penitenciário em âmbito nacional, bem como custear seu próprio funcionamento<sup>369</sup>. O que percebemos não é a ausência de recursos do Funpen, mas sim a ausência de vontade política dos Poderes públicos, seja ele na esfera Municipal, Estadual ou Federal em executar os projetos afim de atingir os fins legais, justificado sob o pretexto da burocracia na aprovação dos projetos e construção das unidades.

Neste contexto, a Agência Brasil<sup>370</sup> anunciou, em 22 de dezembro de 2017, que o Governo prorroga por dois anos o prazo para os Estados investirem recurso do fundo penitenciário para a execução de projetos de obras e construção de presídios, após o fim do exercício em que os recursos foram recebidos. A medida foi tomada diante da baixa execução dos recursos do Funpen de 2016, que deveriam ter sido investidos até dezembro deste ano. Em dezembro de 2016, o Ministério da Justiça liberou R\$ 1,2 bilhão para os Estados construírem presídios e modernizarem o sistema penal. Pouco mais de R\$ 49 milhões foram investidos, apenas 4% do valor total, devido ao atraso dos processos licitatórios e a rigidez das normas de arquitetura penal para aprovação dos projetos e construção das unidades<sup>371</sup>.

Quanto aos novos recursos do FUNPEN, a agência Brasil também noticiou na mesma matéria que, até o dia 31 de dezembro de 2017, o Governo Federal vai liberar os recursos do Funpen de 2017. São mais R\$ 590 milhões para os Estados

---

<sup>369</sup> SANTOS, Priscilla Macêdo; FRANÇA, Samara Carina Albuquerque. *Contingenciamento e desvio de finalidade do fundo penitenciário nacional: o controle judicial do orçamento na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 347*. In: II ENPEJUD: Decisão judicial: processo decisório e precedentes. Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas. 2017.

<sup>370</sup> É uma agência de notícias públicas que faz parte da Empresa Brasil de Comunicação (EBC), que é uma empresa pública federal, criada pela Lei no 11.652/2008 e alterada pela Lei no 13.417/2017, que dá efetividade ao princípio constitucional de complementaridade entre o sistema público, privado e estatal de comunicação. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/institucional/>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

<sup>371</sup> BRASIL. Empresa Brasil de Comunicação. *Governo prorroga prazo para estados investirem recursos do fundo penitenciário*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/governo-prorroga-prazo-para-estados-investirem-recursos-do-fundo-penitenciario>>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

investirem na construção de presídios e modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional, onde o valor é quase a metade do que o que foi liberado em 2016, sendo que muitos recursos do Funpen estavam contingenciados, por isso, havia valores acumulados<sup>372</sup>.

A liberação no final de 2016 veio após decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de que as verbas do fundo não podem ficar com saldo acumulado, eis que em média, o Funpen recebe cerca de R\$ 400 milhões ao ano. Em 2017 o fundo acumulou cerca de R\$ 938 milhões. A Lei Complementar 79/94 determina que sejam repassados 75% do Funpen, excluindo as despesas de custeio e de investimento do Depen. Por isso, R\$ 656 milhões deverão ser repassados aos governo locais, 90% para os Estados (R\$ 590 milhões) e 10% para os municípios (R\$ 65 milhões)<sup>373</sup>.

Com esses dados, temos que a União continua desrespeitando a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao realizar o contingenciamento dos recursos do Funpen. Lado outro, os Estados possuem uma atuação insatisfatória ou insuficiente, devido a deixarem de exercer uma efetiva gestão dos projetos para alcançarem as despesas autorizadas do Funpen, o que agrava ainda mais o sistema penitenciário.

Em 05 de janeiro de 2018, segundo o Ministério da Justiça, o Governo Federal para socorrer a crise penitenciária dos Estados resultou no repasse de mais de R\$ 1,253 bilhão nos últimos 12 meses, bem como além dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), ainda enviou para 26 unidades da Federação e o Distrito Federal uma variedade de equipamentos e veículos especiais para transporte de presos<sup>374</sup>. Porém, no Brasil o atraso na liberação dos recursos, continuam a ser uma constantes, e muitas vezes contingenciadas, pelos mais diferentes motivos, havendo um desencontro entre as práticas mais recomendáveis de execução orçamentária e a organização do orçamento nacional.<sup>375</sup>

Outro reflexo foi a aprovação por unanimidade pelo plenário do Senado Federal, em 27 de fevereiro de 2018, do projeto de Lei nº 25, de 2014

---

<sup>372</sup> Ibidem.

<sup>373</sup> Ibidem.

<sup>374</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Mais de R\$ 1,27 bilhão para enfrentar a crise no sistema prisional*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mais-de-r-1-27-bilhao-para-enfrentar-a-crise-no-sistema-prisional>>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

<sup>375</sup> LOCHAGIN. Gabriel Loretto. *A flexibilidade da execução orçamentária*. Dissertação mestrado. Direito Economico e Financeiro. Universidade de Direito de São Paulo - USP. 2012

(complementar)<sup>376</sup>, que altera a Lei Complementar nº 79/1994<sup>377</sup>, que cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e dá outras providências, para: a) estabelecer que os créditos orçamentários programados no FUNPEN não serão alvos de limitação de empenho prevista no art. 9º da Lei Complementar nº 101/2000. Além disso, b) vetar a imposição de quaisquer limites à execução da programação financeira relativa às fontes vinculadas no FUNPEN, exceto quando houver frustração na arrecadação das receitas correspondentes. E c) vetar a programação orçamentária dos créditos de fontes vinculadas do FUNPEN em reservas de contingência de natureza primária ou financeira. O texto, que faz parte da agenda prioritária definida pela Casa, seguiu para análise da Câmara dos Deputados.

A decisão enfrentada na ADPF 347/DF garantiu melhoras na utilização do Funpen, e garantiu o descontingenciamento de recursos do fundo. Em consequência, foi editada a medida provisória nº 781 de maio de 2017, convertida na lei nº 13.500, em outubro do mesmo ano. A qual acrescentou o § 6º a redação do art. 3º da LC nº78, vedando expressamente o contingenciamento de recursos do Funpen. Em contraponto, a mesma medida provisória deixou de garantir o repasse de 50% do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União, relativas aos serviços forenses, ao Fundo Penitenciário<sup>378</sup>.

Neste contexto, sobre os efeitos pragmáticos, é possível afirmar que o reflexo no sistema penitenciário brasileiro, após a decisão liminar na ADPF 347/DF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, ocasionou efeitos tanto positivos quanto negativos. Como pontos positivos podemos considerar além do pontapé inicial para a possível solução do problema do sistema carcerário, a obrigatoriedade das audiências de custódia trouxe um saldo positivo de pessoas que deixaram de serem encarceradas imediatamente após a prisão. Lado outro, os

---

<sup>376</sup> SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 25, de 2014 (complementar)*. Acrescenta parágrafos ao art. 3º da Lei Complementar nº 79, 7 de janeiro de 1994, que “cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116074>> Acesso em: 25 de julho de 2018.

<sup>377</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994*. Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp79.htm)>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

<sup>378</sup> TAMIOZZO, Jeferson Ribas. *Estrutura prisional brasileira: um panorama da ineficiência frente ao estado de coisas inconstitucional*. Trabalho de conclusão do curso de direito. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. 2017.

pontos negativos, se referem ao descumprimento da ordem proferida contra a União para o descontingenciamento dos valores do Funpen, bem como a ausência de concretude dos projetos Estaduais para o alcance das verbas destinadas exclusivamente para o aparelhamento do sistema penitenciário.

Trata-se de uma situação preocupante, na medida em que o singelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, sem assegurar a autoridade de suas decisões, pouco ou quase nada alteraria o plano concreto das coisas. Desse modo, não basta o reconhecimento, mas o Supremo Tribunal Federal tem que atuar no acompanhamento e fiscalização das políticas públicas determinada nas decisões, para que seja possível a modificação do quadro inconstitucional, sob pena de fracasso do instituto no Brasil.

Para transformar instituições em mau funcionamento, o STF precisa, primeiro, preparar-se para não se juntar a esse grupo de instituições. Ele deve, antes, se organizar para poder cumprir um bom papel na solução dos litígios estruturais. É o que se espera de uma Corte Constitucional em casos que apresentam quadros tão acentuados de violações de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, de soluções tão complexas, que não seja inerte, mas que também não tente resolver tudo sozinho, que não seja arrogante, reconhecendo e consertando os próprios defeitos a tornar possível sua atuação em litígios estruturais<sup>379</sup>.

Portanto, no que pese a timidez da medida cautelar deferida no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, se produziu qualquer ponto positivo, já é o suficiente para acreditarmos no instituto como potencial transformador da realidade do sistema penitenciário brasileiro.

---

<sup>379</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Tese de Doutorado apresentada a UERJ, Rio de Janeiro, 2015. (Mimeo). Disponível em: <[https://www.academia.edu/15142674/Da\\_Inconstitucionalidade\\_por\\_Omiss%C3%A3o\\_ao\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional\\_.2015.\\_Tese\\_de\\_Doutorado\\_em\\_Direito\\_P%C3%BAblico](https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico)> Acesso em: 10 de maio de 2018.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica de decisão estrangeira que pode ser integrada em nosso sistema constitucional, pois sua legitimidade foi construída através da hermenêutica constitucional, a partir da ausência de resposta própria e estruturada para resolver a questão das omissões inconstitucionais frente ao sistema penitenciário brasileiro. As técnicas e as táticas constitucionais existentes não são suficientes para impedir a violação dos direitos fundamentais dos presos, e diante dessa insatisfação, fora necessário buscar por alternativa constitucional adequada.

Através do panorama histórico, cultural e jurídico do instituto, a incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil é compatível com a filtragem da constituição. Isto porque não existe obstáculo constitucional que impeça sua utilização, na medida em que a testificação da constitucionalidade foi feita a partir desses horizontes.

A pesquisa revelou um paralelo coerente entre o Brasil e a Colômbia, que iniciou na década de 90 o processo de construção jurisprudencial do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional. Sua finalidade é de retirar da inércia a máquina estatal e obrigá-la à elaboração de planos de políticas públicas que consigam solucionar os problemas concretos de violações massivas de direitos fundamentais decorrentes de um abismo dos direitos sociais existentes na Constituição Federal e a realidade fática.

Neste contexto, foi criada a figura do Estado de coisas inconstitucional na Colômbia para suprir a ausência de um sistema jurídico-processual coletivo ou mesmo abstrato de proteção dos direitos fundamentais violados e abranger não apenas as pessoas que ajuizaram a ação, mas todas as pessoas afetadas. Neste sentido, foram chamados nos autos todos os órgãos que pudessem de alguma forma contribuir para a solução da violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais, superando o modelo individual e particular de proteção jurídica, o qual havia ocasionado uma multiplicidade de demandas repetitivas.

Tratou-se de uma decisão paradigmática, pois o Tribunal Constitucional da Colômbia poderia ter se limitado, na melhor das hipóteses, a declarar a violação dos direitos subjetivos dos demandantes devido à omissão das autoridades públicas, isto é, explorar simplesmente a dimensão subjetiva daqueles. Porém, a Corte

Constitucional foi além, e considerou necessário aprofundar o problema da garantia objetiva dos direitos fundamentais.

No Brasil, a situação do sistema penitenciário é semelhante àquela encontrada pela Corte Constitucional da Colômbia, na qual se constatou uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, ocasionadas pelos problemas estruturais. Situação esta que necessita, para sua superação, de uma atuação coordenada de todos os Poderes Públicos, entidades, associações, órgãos de classe e da sociedade, sob a supervisão do Supremo Tribunal Federal.

Não pretendemos nessa pesquisa construir um modelo de técnica decisória do Estado de Coisas inconstitucional, mas analisar a viabilidade estrutural da incorporação na ordem jurídica constitucional brasileira. Desse modo, o objetivo da pesquisa foi analisar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, como necessária a sua aplicação como mecanismo à brasileira de concretização dos direitos fundamentais dos presos.

Retomando as hipóteses lançadas, podemos inferir, em conclusão, como afirmativa a resposta para todas as hipóteses desta pesquisa, pois o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, é um caminho adequado constitucionalmente na construção de direitos fundamentais dos presos para dar vinculação dos Poderes Públicos ao cumprimento da Constituição, respeitando as peculiaridades do Brasil. As sentenças estruturais da Suprema Corte americana, inspiraram a construção do mecanismo do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana para tirar da inércia os Poderes Públicos que descumpriam os direitos fundamentais previstos na Constituição.

A criação da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia não nasceu pronta. Pois, através da evolução histórica, percebemos que seus conceitos e elementos foram se aperfeiçoando ao longo do tempo. O Caso mais importante da Corte Constitucional da Colômbia foi delineado na Sentença T-025 de 2004, que firmou os pressupostos de caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional: quando há uma violação massiva e repetida dos direitos fundamentais. Destacando-se que as falhas estruturais das políticas do Estado colombiano se tornaram um fator central de contribuição.

Assim, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, originado na Corte Constitucional colombiana, serviu de inspiração para outras Cortes Constitucionais

na América Latina, principalmente no Peru e no Brasil. Nestes locais, presentes os pressupostos, o Poder Judiciário, promove um diálogo institucional, com uma convocação de toda a administração pública e da sociedade para superar as omissões inconstitucionais, tentando, através de um mecanismo, solucionar os casos de longos fracassos de políticas públicas. E impedindo, dessa forma, as constantes violações pelos Poderes Públicos dos direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal.

A nova ordem constitucional brasileira trouxe um papel de destaque ao Supremo Tribunal Federal, referente ao controle da constitucionalidade das normas estaduais, federais e das políticas públicas. Trata-se de modelo institucional vigente no Brasil no intuito de preservar a força normativa da constituição e dar concretude aos direitos fundamentais dos cidadãos, face à ineficiência dos outros Poderes públicos na sua realização. O que torna um judiciário legítimo no cumprimento da Constituição e protagonista na valorização do ser humano.

Desse modo, no intuito de harmonizar soluções que envolvam direitos fundamentais recorrentes entre as ordens jurídicas constitucionais no âmbito internacional, é possível o deslocamento da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional, através de diálogo entre as Cortes. Eis que, na atualidade, não se pode mais conceber que cada ordem jurídica resolva isoladamente os problemas universais de direitos fundamentais, na medida em que o mecanismo de solução desenvolvido por um Estado-nação pode e deve ser incorporado por outro país em casos semelhantes ao que se vai decidir, dentro do contexto de um constitucionalismo democrático.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no intuito de buscar meios para sanar as omissões inconstitucionais dos Poderes Públicos, pela primeira vez na jurisdição constitucional brasileira, através da ADPF 347/DF, reconheceu em medida cautelar o chamado Estado de Coisas Inconstitucional. O caso envolveu o sistema penitenciário nacional, devido a estar presente um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Como marco teórico, trabalhou-se a obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, pois foi o autor que iniciou o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Ele sustenta a possibilidade da utilização da técnica de decisão

estrangeira para o nosso país, e caracterizou como legítima a intervenção do Supremo Tribunal Federal, como ativismo judicial estrutural. Isto no intuito de superar as omissões estatais, em especial o déficit de políticas públicas, devido à necessidade da defesa do projeto constitucional originário, no qual a preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais.

Como reforço teórico, trouxemos os posicionamento de diversos juristas, como Dirley da Cunha Junior, Arruda, Rodrigues, Legale e Martins, Lage e Bruggner, que defendem a utilização do instituto em nosso país. Porém, uma vez que doutrina diverge quanto à aceitação da incorporação pelo Brasil do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, trouxemos para participar do debate os autores críticos principais, como Glezer e Machado, Giorgi, Faria e Campilongo e Lenio Streck.

Não deixamos de trazer à discussão parte doutrinária que adotou uma posição intermediária quanto à incorporação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, como Viera e Bezerra, Schinemann, Guilherme Peña De Moraes e Freire. Inobstante a relevância das críticas ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, temos que pontuar que é exagerada, na medida em não faz inovação das comuns críticas ao ativismo judicial, o que não se confunde com a missão constitucional do STF de proferir sentenças estruturais, conforme ocorreu no caso do da ADPF 347, e com isso, fazer cumprir as garantias previstas na Constituição.

Neste sentido, os posicionamento contrários à incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil foram rechaçados. E somos favorável ao pensamento dos autores que são defendem à incorporação do instituto no Brasil. Pois o Poder Judiciário é o legitimado pela Constituição brasileira à responsabilidade de impor à administração pública a obrigação de fazer política pública para resguardar e concretizar o direitos fundamentais dos cidadãos que se encontram encarcerados no país e fazem parte de um grupo excluído da sociedade.

Ao final do percurso da pesquisa, acreditamos que a figura do Estado de Coisas Inconstitucional é um necessario mecanismo de concretização dos direitos fundamentais dos presos. Pois a Constituição não pode ser considerada pelos Poderes Públicos como papel em branco, mas um instrumento para garantir os direitos humanos e efetivar o Estado Democrático de Direito. Ademais, o descumprimento dos direitos fundamentais resguardados na Constituição afeta os pilares do sistema constitucional, na medida em que vivemos o que Marcelo Neves

denomina como "constituição simbólica", na qual os direitos fundamentais não possuem aplicabilidade pelos próprios Poderes públicos.

O problema da Constituição brasileira reside na viabilização da concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente expressos, que, por vezes, encontram obstáculos difíceis de serem combatidos e acabam por acarretar reiteradas transgressões à Constituição. Sendo que o direito brasileiro caminha lentamente ao encontro da implementação dos mencionados direitos, consistindo ainda em uma Constituição "meramente ilustrativa" no que se refere aos direitos fundamentais.

Levando em consideração os argumentos contrários e favoráveis à teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, podemos afirmar ser possível a aplicabilidade de tal modelo no ordenamento jurídico do Brasil. Pois na Constituição de 1988 há a previsão de instrumentos que possibilitam e encaixam-se ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Além disso, a realidade social do país exige soluções novas e posturas expansivas do judiciário para movimentar as estagnações políticas históricas. Portanto, acreditamos que o mecanismo do instituto criado pela Corte Colombiana pode ser uma importante solução para os problemas de violação da dignidade da pessoa humana em excepcionais aplicações.

Registramos o surgimento no Brasil de uma técnica jurisprudencial estrangeira promissora. Sendo que as principais críticas doutrinárias com traços pessoais, políticos, filosóficos, foram descritas e rechaçadas com contrapontos teóricos, que combateram os argumentos debatidos. Porém, deve servir como um ponto de reflexão para que o Supremo Tribunal Federal utilize a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional, com todo rigor que se exige de uma Corte Constitucional, para assegurar a máxima efetividade e evite a banalização do instituto.

Desse modo, consideramos que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica de decisão judicial estrangeira que ampliou o controle da omissão inconstitucional. Isto na medida em que a inércia jurídica dos Poderes Públicos no cumprimento das normas constitucionais elaboradas pelo Poder Constituinte tornou-se um dos problemas da ordem jurídica constitucional brasileira. Pois os mecanismos existentes na Constituição não foram suficientes para efetivar o "plus normativo" de que fala Lenio Streck sobre o Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal não pode ficar de braços cruzados diante da omissão estatal, que gera uma violação dos direitos fundamentais, principalmente quando se fala nas pessoas que são excluídas da sociedade, como é

o caso dos presidiários. Neste sentido, para que o sucesso esperado da aplicação da técnica jurisprudencial estrangeira no Brasil seja possível, o Supremo Tribunal Federal deve monitorar as medidas maleáveis formuladas. Porém, com a participação não apenas dos Poderes Públicos inertes, mas de todos os principais atores que compõem a sociedade civil, relacionada com o sistema penitenciário, no intuito de superar as falhas estruturais que violam os direitos fundamentais dos presos brasileiros.

Neste viés, o próprio Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da medida cautelar da ADPF 347/DF, já sinalizou a via dialógica do instituto, através de ordens com flexibilidade e monitoramento da execução destas medidas, o que coadunamos com esse pensamento. Diante do panorama traçado na pesquisa, esperamos que em breve seja realizado o julgamento definitivo da ADPF 347/DF, para que o Supremo Tribunal Federal inicie as medidas necessárias para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional, referente ao sistema penitenciário, e assim dar efetividade aos direitos fundamentais violados sistematicamente pelos Poderes Públicos.

Temos que já se passaram mais de trinta anos da entrada em vigor da nossa Constituição. E, conseqüentemente, já se passou um longo passado de promessas constitucionais não cumpridas pelos Poderes Públicos. E o surgimento de um mecanismo alternativo de concretização dos direitos fundamentais dos presos brasileiros traz a esperança para a transformação da realidade do sistema penitenciário.

Neste contexto, sobre os efeitos pragmáticos, é possível afirmar que o reflexo no sistema penitenciário brasileiro, após a decisão liminar na ADPF 347/DF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, ocasionou efeitos tanto positivos quanto negativos. Como ponto positivo consideramos que a efetividade na realização das audiências de custódia contribuiu para que as pessoas deixassem de ser encarceradas imediatamente após a prisão.

Lado outro, os pontos negativos, se referem ao descumprimento da ordem proferida contra a União para o descontingenciamento dos valores do Funpen, bem como a ausência de concretude dos projeto Estaduais para o alcance das verbas destinadas exclusivamente para o aparelhamento do sistema penitenciário.

Desse modo, a pesquisa nos demonstrou que a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional foi um passo no

sentido da adequação constituição, no que se refere a tais distorções do sistema relativas às garantias fundamentais dos presos brasileiros. Assim, à guisa de conclusão: há lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

Os mecanismos constitucionais existentes na jurisdição constitucional brasileira não foram hábeis para suprir a ausência de resposta própria e estruturada para resolver a questão das omissões inconstitucionais frente ao sistema penitenciário brasileiro. A técnica de decisão estrangeira do Estado de Coisas Inconstitucional é alternativa constitucional adequada que pode ser integrada em nosso sistema constitucional, pois é compatível com a filtragem da constituição, sendo que não existe obstáculo constitucional que impeça sua utilização.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal possui legitimidade constitucional para buscar medidas para retirar o abismo existentes nas garantias constitucionais dos presos e o atual cenário do sistema penitenciário. E, o Estado de Coisas Inconstitucional é no sistema penitenciário brasileiro é um caminho adequado constitucionalmente na construção de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALARCON, Pietro. *Interpretação constitucional no Brasil*. Coordenação: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. ISBN 978-85-8191-065-9.

ALMEIDA. Antônio Ítalo Hardman Vasconcelos. *Estado de coisas inconstitucional e sistema carcerário na América Latina: uma proposta de combate à ditadura do privilégio?* In: Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/ UMinho. Coordenadores: Elisaide Trevisam;Iranice Gonçalves Muniz; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

ALVES, Marina Vitória. *Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: Características e distinções*. Revista. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2502, 8 maio 2010.

ARAÚJO, Victor Costa de. *O transconstitucionalismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista Jurídica Corregedoria Nacional: a atuação das Corregedorias na avaliação da efetividade do Ministério Público, volume IV/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília : CNMP, 2017. p.57.

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

ARMAS, Renato Vásquez. *La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional” Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano*. Revista Ius Et Veritas. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/12680>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. *Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, XIX, n. 145, fev 2016.

BALDI, Cesar. *Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latino americano descolonizador*. In *Revista de Derechos Humanos y estudios sociales*, año V,n.9, enero-junio, 2013.

BARACHO, José Alfredo de O. *Jurisdição constitucional da liberdade*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença*. v. 16, n. 1, pp.217-266, jan./jun. 2018. DOI: 10.24859/fdv.2018.1.012. Acesso 11 em: de abril de 2018.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, In Revista de direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91 jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoas-desnecessarias-2>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Dados Estatísticos/Mapa de Implantação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Federal conclui cadastramento de presos no BNMP 2.0*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87186-justica-federal-conclui-cadastramento-de-presos-no-bnmp-2-0>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça já tem dados de todos os presos de 22 Estados*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86983-justica-ja-tem-dados-de-todos-presos-de-22-estados>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

BRASIL. Empresa Brasil de Comunicação. *Governo prorroga prazo para estados investirem recursos do fundo penitenciário*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/governo-prorroga-prazo-para-estados-investirem-recursos-do-fundo-penitenciario>> Acesso em: 25 de julho de 2018.

BRASIL. *Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994*. Cria o Fundo Penitenciário Nacional -FUPEN, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp79.htm)>. Acesso em: 25 de julho de 2018.

BRASIL. Lei Nº 9882, de 03 de dezembro de 1999. *Processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*, Brasília,DF, mar 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

BRASIL. Ministro do Supremo Tribunal Federal (2003-2012: Antonio Cezar Peluso). *Pronunciamento do Ministro Cezar Peluso na abertura do II Congresso da Conferencia Mundial sobre Justiça Constitucional*. Rio de Janeiro, 17 jan. 2001. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17\\_01\\_11.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf)>. Acesso em: 13 de julho de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Mais de R\$ 1,27 bilhão para enfrentar a crise no sistema prisional*. Disponível em:<<http://www.justica.gov.br/news/mais-de-r-1-27-bilhao-para-enfrentar-a-crise-no-sistema-prisional>>Acesso em: 25 de julho de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Modelo de Gestão para a Política Prisional*. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao\\_documento-final.pdf/view](http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf/view)> Acesso em: 16 de abril de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015*. Dispões sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45/DF*. Brasília, 04 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 12 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 23 de maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 580252*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. *Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente*. *Revista Prolegómenos*. Derechos y Valores, XVIII (Enero-Junio), p.121-134. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Tese de Doutorado apresentada a UERJ, Rio de Janeiro, 2015. (Mimeo). Disponível em: <[https://www.academia.edu/15142674/Da\\_Inconstitucionalidade\\_por\\_Omiss%C3%A3o\\_ao\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional\\_.2015.\\_Tese\\_de\\_Doutorado\\_em\\_Direito\\_P%C3%BAblico](https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico)> Acesso em: 10 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. *Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodium, 2016.

CARVALHO, Guilherme Augusto Alves. *A aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira: entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a separação dos poderes*. Trabalho Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11 ed., rev. e atual. Belo Horizonte. Del Rey. 2005.

CAVALCANTI, Gabriela Soares. *O constitucionalismo latino-americano e sua consecução no Brasil: a problemática da viabilização dos direitos fundamentais em uma constituição meramente ilustrativa*. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio De Janeiro. 2017.

COELHO, Edmundo Campos. *Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá 1991. Disponível em: <<http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>> Acesso em: 19 de abril de 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU.559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença T-025 de 2004*. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#\\_ftnref127](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref127)>. Acesso em: 26 de março de 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença SU-090 de 2000*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU090-00.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. *Sentença T-153 de 1998*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

COMIÇÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA documentos oficiales. ISBN 978-0-8270-5743-2.2011. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de informação legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

CONTAS ABERTAS. *Descaso: governo tem R\$ 3,3 bi parados para reforma e ampliação de presídios*. Contas Abertas, Goiânia, 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/site/noticias/descaso-governo-tem-r-33-bi-parados-para-reforma-e-ampliacao-de-presidios>>. Acesso em: 24 de julho de 2018.

CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. *Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina*. Athenas, Vol I, N° 2, Brasil, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

CURSINO, Bruno Barca. *O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 89-121 – jul./dez. 2017.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517312/noticia.html?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517312/noticia.html?sequence=1)>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional*. Revista Constituição e Garantia de Direitos. v. 9 n. 2 (2016).

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. Volume I. Ed Malheiros. São Paulo. 2013.

DUTRA. Carlos Roberto de Alckmin. *A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI*. Revista Jurídica "9 de Julho", São Paulo, n. 2, p. 8-29, 2003.

FAGUNDES; Ricardo Antonio Menezes Cabral. *O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas*. Dissertação em Direito. Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte, pag. 57-58. 2016.

FAVOREU, Louis; RUBIO, Francisco Llorente. *El bloque de la constitucionalidad* (Simposium franco-espanhol de Derecho constitucional). Sevilla: Editora Civitas, 1991.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2012.

FREITAS, Juarez. *Discricionariade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais*. Revista NEJ, Vol. 18, nº 3, set-dez 2013.

\_\_\_\_\_. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 8-26.

FREIRE, Alonso. *O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Idéias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER. Tatiana Fagundes. *A (in)aplicabilidade do modelo do estado de coisas inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro*. Trabalho de conclusao do curso

de direito. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2017.

GARCIA, Hernán Alejandro Olano. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Universitas, núm. 108, diciembre, 2004, pp. 571-602. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, De justicia, 2010.

GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. *Desafios do controle de constitucionalidade das políticas públicas e o caso do “programa mais médicos”*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 1: 245-270, jan./jun. 2017.

GONÇALVES, Ana Paula Roncáglio Heinig. *Constitucionalismo e globalização no contexto transnacional*. Dissertação. Universidade do Vale do Itajaí -UNIVALI. 2014.

GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional [online]*. In: JOTA. Publicado em 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/Xck1iL>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique. *ADPF 347 e o controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: <[http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/09/1686769-adpf-347-e-o-controle-judicial-de-politicas-publicas.shtml?loggedpaywall#\\_=\\_](http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/09/1686769-adpf-347-e-o-controle-judicial-de-politicas-publicas.shtml?loggedpaywall#_=_)>Acesso em: 25 de julho de 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In Revista de Processo, São Paulo : Revista do Tribunais, v. 164, p. 9-28, out. 2008.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. *O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017.

HÄBERLE, Peter. *La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional*. Revista Pensamiento Constitucional. año X, nº 10. 2004. p.31.

HENNIG LEAL, Mônica Clarissa; DALENOGARE ALVES, Felipe. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Indutora de Políticas Públicas Estruturantes: O exemplo da educação em direitos humanos - Uma Análise Dos Casos Ximenes Lopes E Gomes Lund Versus Brasil - Perspectivas E Desafios Ao Cumprimento Das Decisões. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 15, p. 287-300, out. 2016. ISSN 1677-1419.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. *La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”*. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

\_\_\_\_\_. *La Función Creadora del tribunal constitucional*. In Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxii - número 92 - enero-junio de 2011 • pp. 13-33

HUAROTO, Beatriz May Ling Ramirez. *El “Estado de Cosas Inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público*. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013.

JARAMILLO, Leonardo García. *Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional*. Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVIII. Nº 152, diciembre 2011. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.

JESUS, Fernanda Ferreira. *Políticas públicas penitenciárias e o processo de prisionização: um estudo sobre mulheres em situação de prisão no conjunto penal de feira de santana - BA*. Conclusão de Curso. Universidade Federal do Recôncavo da Bahia Centro de Artes Humanidades e Letras – CAHL Colegiado De Serviço Social. 2012.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

LACERDA, Andrey Felipe. *O diálogo entre cortes na proteção regional dos direitos humanos: Caso Gomes Lunde e ADPF nº153*. 10.12818/p.0304-2340.2014v64. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 64, pp. 105 - 131, jan./jun. 2014. Acesso em: 03 de maio de 2018.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. *Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações*. Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 193-240.

LANDA, Cesar. *Autonomía Procesal de Tribunal Constitucional: La Experiencia del Perú, en Derecho Procesal Constitucional*, Ius Et Veritas, Lima – Perú, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo, pag. 55.

LEGALE, Siddharta; MARTINS, Alisson Silva. *Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e a ação civil pública de Uruguaiana*. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 224-247. ISBN 978-85-450-0196-6.

LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária*. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. e-ISSN: 2525-9881. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 18 - 40, Jul/Dez. 2017.

LIMA, Débora Caldeira Monteiro; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *O Neoconstitucionalismo e a sua Influência na Jurisdição: Apontamentos sobre a Técnica dos Precedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VII, nº 13, jan/jun 2015. ISSN 2175-7119.

LIMA, George Marmeistein. *Estado de Coisas Inconstitucional - ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?* Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso: 03 de maio de 2018.

LOCHAGIN. Gabriel Loretto. *A flexibilidade da execução orçamentária*. Dissertação mestrado. Direito Economico e Financeiro. Universidade de Direito de São Paulo - USP. 2012.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

LUZ, Cícero Krupp. *A policontextualidade da Lex Mercatória: Contigência, paradoxo e decisão*. Dissertação. 2009. Rio dos Sinos Ciências Jurídicas. São Leopoldo, p.42.

LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapata. *Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado*. IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho, (ene. - jul. 2014), Año 4. nº. 7, pp. 220-233.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. *La Figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*. In Revista Mario Alario D'Filippo, v. 3, n. 1, 2011.

MACHADO, Ana Elise Bernal. SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina. *Sistema penitenciário brasileiro – origem, atualidade e exemplos funcionais*. In Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n. 10, 2013.

MAMEDE, Mateus Lúcio. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e o direito comparado*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

MARMELSTEIN, George. *O Transconstitucionalismo e a Jurisdição Global dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o->

transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 30 de junho de 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11- 1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAYER, Willian da Silva; MORAES JUNIOR, Martin Cabeleira de. *O estado de coisas inconstitucional colombiano frente à constituição brasileira*. Revista Científica do Curso de Direito. Direito, Cultura e Cidadania. Osório, v. 7, n. 1, 2017.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI Renato. *Direito fundamental à moradia e a sentença t-025/2004 da corte constitucional da Colômbia: estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas | e-ISSN: 2525-9881| Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 280 - 299| Jan/Jun. 2016.

MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulte medio y gran sábalo de la comunidad indígena awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá. 2015.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Guilherme Peña de. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Youtube, 25 out. 2015. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=6zV82ikMtyU>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

MOREIRA, Lucas Pessôa. *O Estado de coisas inconstitucional e seus perigos*. APESP – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo. 2015. Disponível em: <[https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_lucaspessoa051015.pdf](https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf)>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

MURCIA, Diana Milena. *Estado De Cosas Inconstitucional. Desplazamiento Forzado ¿Y Ahora Qué?* Corporación Jurídica Yira Castro. Primera edición. Bogota. D.C. Colombia. 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões*. Lua Nova, São Paulo, 93: 201-232, 2014.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NOGUEIRA, Thiago Silva. *Reflexos do transconstitucionalismo e a eficácia dos direitos fundamentais: recentes decisões*. Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Bruno Vianna. – Florianópolis :CONPEDI. 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUNES, Paula de Siqueira. *A declaração do sistema penitenciário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional à luz da ADPF 347 do STF*. Trabalho de conclusão de Curso. Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). 2017.

OLIMPIO, Wanderson Mario Cavalcante; MARQUES, Allan Mendes. *O Sistema Penitenciário Brasileiro: considerações sobre sua crise e políticas públicas*. In: VII Jornada Internacional de Políticas Públicas. Agosto/ 2015.

OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres Ejemplos de Colombia*. In BAZÁN, Victor (Ed) Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales nº 5: La protección de los derechos sociales - las sentencias estructurales. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

PEREIRA, Fernanda Moreira Campos. *A efetivação do direito humano fundamental social do trabalho: a possibilidade de uma jurisdição internacional complementar e subsidiária diante do empregador*. Mestrado em Direito. Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2017.

PEREIRA, Vitor Moreno Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. Dissertação. Universidade Federal da Bahia- UFBA. Faculdade de Direito. 2014.

PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 2579-2003-H de 2004*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 03148-2004-AC/TC de 2005*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03149-2004-AC.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 06626-2006-PA/TC de 2007*. Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06626-2006-AA.pdf>>. Acesso em em: 23 de abril de 2018.

PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 06089-2006-PA/TC de 2007*. Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06089-2006-AA.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 00017-2008-PI/TC de 2010*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00017-2008-AI.html>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

PERU. Tribunal Constitucional Da República do Peru. *Processo nº 03121-2013-PA/TC de 2014*. Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03121-2013-AA.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – *RBDC*, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Caderno de Direito Constitucional. Módulo V. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre-RS, EMAGIS, 2006. Acesso em: 03 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 8, N. 2, 2017, p. 1356-1388.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAQUEL CÁRDENAS, Blanca. *Contornos jurídicos-fáticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

RIEKE, Jeanne Simão. *Considerações acerca da internacionalidade do direito constitucional em prol dos direitos humanos: o transconstitucionalismo*. Direito internacional. [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Bruno Vianna. – Florianópolis :CONPEDI,2014.

RESURRECCIÓN, Liliana María Salomé. *La dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales*. Tesis para optar por el título de licenciada, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010.

RODRIGUES. Amanda Carolina Buttendorff. *Atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade brasileiro*. Anais do Universitas e Direito, v.1, n.1, 2012. p.8-23.

RODRIGUES, José Rodrigo. *Estado de coisas surreal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

SABEL, Charles F. y William H. SIMON. *“Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”*. Harvard Law Review. Cambridge, volumen 117, February 2004, p.1015-1100.

SANTOS, Aléssia Pâmela Bertulêza. *O transconstitucionalismo como alternativa aos conflitos entre ordens jurídicas: novos aspectos*. Revista Direito e Democracia, v.14, n.2, jul./dez. 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Lua Nova [online]. 1997, n.39, pp.105-124. ISSN 0102-6445.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos Santos; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D’Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro / Unconstitutional state of affairs: a study of colombian and brazilian cases* Revista Quaestio Iuris, v. 08, n.04, p. 2596-2612.

SANTOS, Lilia Teixeira. *O Estado Democrático de Direito instaurado na democracia brasileira com a Constituição Federal de 1988 (CF/88): estado de direito e de justiça social*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 07 set. 2013.

SANTOS, Kátia Cristina Cruz; NUNES FILHO, Moisés Seixas. *Políticas públicas sociais aplicadas ao direito à moradia digna*. Revista Contribuciones a Las Ciencias Sociales. ISSN: 1988-7833.

SANTOS, Priscilla Macêdo; FRANÇA, Samara Carina Albuquerque. *Contingenciamento e desvio de finalidade do fundo penitenciário nacional: o controle judicial do orçamento na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 347*. In: II ENPEJUD: Decisão judicial: processo decisório e precedentes. Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas. 2017.

SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. In: Políticas públicas; coletânea / Organizadores: Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. –Brasília: ENAP, 2006. 2 v. ISBN 85-256-0052-0 (Obra compl.).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – 6. ed. – São Paulo :Saraiva, 2017.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 25, de 2014 (complementar)*. Acrescenta parágrafos ao art. 3º da Lei Complementar nº 79, 7 de janeiro de 1994, que “cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN e dá outras providências Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116074>> Acesso em: 25 de julho de 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional da Liberdade no Brasil*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, n. 3, Enero/Diciembre, 1999.

SILVA, Adriano Laurentino da. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e suas espécies*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017.

SILVA, Mariane Vargas. *Ativismo na Corte Constitucional Colombiana e a figura do “Estado de Coisa Inconstitucional”*. Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2015.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. *Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016.

SIFFERMANN, Thiago De Oliveira Rocha; SILVA, Anderson Luiz Brasil. *Elementos críticos à recepção teórica do estado de coisas inconstitucional no etat de l'art brasileiro*. [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga. – Florianópolis :CONPEDI, 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 1ª ed., 2ª tir., RT, 1999.

SOLIANO, Vitor. *As interações judiciais em matéria constitucional*. Dissertação. 2014. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. ISSN 2317-3882.

\_\_\_\_\_. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. Sequência (Florianópolis), n. 69, p. 83-108, dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Contra o neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

\_\_\_\_\_. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 1(1):65-77 janeiro-junho 2009. Unisinos.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.

STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; KARLAN. *Constitutional Law: keyed to courses using*. Seventh. ed. New York: Wolters Kluwer, 2013).

TAMIOZZO, Jeferson Ribas. *Estrutura prisional brasileira: um panorama da ineficiência frente ao estado de coisas inconstitucional*. Trabalho de conclusão do curso de direito. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. 2017.

TAVARES, Juarez. *Parecer acerca da relação entre as condições concretas de funcionamento do sistema prisional brasileiro e o alcançados objetivos manifestos da pena, bem como sobre a viabilidade de opoder judiciário levar em contatais*

*condições nos momentos da fixação e execução das penas privativas de liberdade e medidas cautelares de prisão.* 07 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%C3%A1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf>> Acesso em: 22 de abril de 2018.

TOLEDO, Claudia. Mansani Queda de. *A constitucionalização do Direito e a construção do conhecimento: uma caminhada dialética.* In: Rafael Lazzarotto Simioni. (Org.). *Constitucionalismo e Democracia 2017: Reflexões do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM.* 1ed.São Paulo: Max Limonad, 2017, v. 1.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mandado de injunção e a legalidade financeira.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 187, p. 94-110, jan. 1992. ISSN 2238-5177.

U.S. COURT. *Brown v. Board of Ed. of Topeka, Shawnee County, Kan., 347 U. S. 483 de 1954.* Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em 26 de março de 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Estado de Coisas Inconstitucionais e Bloqueios Institucionais: desafios para a construção da resposta adequada.* In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo.* Curitiba: Juruá, 2016.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. *Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção.* Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 35-66, jun. 2011.

VELLOSO. Carlos Mário da Silva. *Tratado de direito constitucional,* v. 1. coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA,Rafael. *Estado de coisas fora do lugar (?).* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>> Acesso em: 03 de maio de 2018.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do supremo tribunal federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186).

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução Ed André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.