

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Henrique Ribeiro Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-289-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A obra em apresentação, originada do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II, no âmbito do XXV Congresso do CONPEDI, sediado na UNICURITIBA, no Paraná, contou com a colaboração de pesquisadores de Programas de Pós-graduação de todo o Brasil. Os temas, que enfrentam a tensão entre a democracia e o constitucionalismo, buscam delinear a interação entre os poderes do Estado em momento de crise institucional que o país vivencia.

Os excessos do Poder Judiciário são contrapostos, em artigos que integram esta obra, às omissões do Poder Legislativo e às falhas de governança e de controle do Poder Executivo. O aporte filosófico e sociológico encontrado nos textos enriquece a discussão, ofertando soluções possíveis que passam necessariamente pelo reforço democrático.

A postura mais ativa do Judiciário é identificada como de perigosa inserção na esfera da democracia, tanto representativa quanto participativa. As decisões do Supremo Tribunal Federal, ao funcionar como legislador positivo, avançam e definem questões não submetidas às necessárias discussões nos foros adequados – especialmente no âmbito do Legislativo.

Os estudos apresentados permitem ao leitor perceber o alcance e o conjunto de problemas identificados por pesquisadores em razão dessa postura mais ativa da Corte Constitucional brasileira.

Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz - UNIFIEO

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso – UFS/UNIT

**ESTUDO COMPARADO DAS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 347/DF**

**COMPARATIVE STUDY OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS AND
COLOMBIAN SUPREME FEDERAL COURT IN ADPF 347 / DF**

Eliana Maria De Souza Franco Teixeira ¹
Patricia Kristiana Blagitz Cichovski

Resumo

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão cautelar na ADPF Nº 347/DF, deu passo decisivo no combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais, ao adotar o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” e definir um programa de ações articuladas dos poderes públicos para sanar lesões massivas aos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro. A adoção dessa nova espécie de inconstitucionalidade, multidimensional, sobretudo por significar remodelagem do sistema de controle das omissões inconstitucionais e ressignificação do próprio princípio da separação de poderes, demanda estudo analítico comparativo dos critérios utilizados para caracteriza-lo nas Cortes Colombiana e Brasileira.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional, Direitos humanos, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Supreme Court, in the injunction decision in ADPF 347/DF, gave the decision of combating ineffectiveness syndrome of constitutional norms by adopting the ‘State of Things Unconstitutional’ and define a coordinated actions of government program to remedy massive injuries to fundamental rights in the Brazilian prison system. The adoption of this new kind of unconstitutionality, multidimensional, particularly to mean remodeling control system, unconstitutional omissions and reframing the principle of separation of powers, demand a comparative analytical study of the criteria used to characterized it in the Colombian na Brazilian Courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State of things unconstitutional, Human rights, Fundamental rights

¹ Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal recentemente adotou a tese do ‘estado de coisas inconstitucional’ em sede de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF. Em virtude do inegável protagonismo judicial e expansão do sistema de controle da omissão inconstitucional, tal incorporação requer estudo e pesquisa da academia jurídica, a fim de esclarecer a sua utilização original e os fatores que determinam tal ‘estado de coisas’ na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana. Mais adiante, importa analisar como se desenvolveu a teoria na doutrina brasileira, assim como os fundamentos e caracterização do ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ pela Suprema Corte Brasileira.

Inicialmente, será apontada a origem do ‘estado de coisas constitucional’ utilizado como tese pela Corte Constitucional Colombiana, demonstrando os fatores característicos iniciais. Em seguida, será apresentada a evolução da jurisprudência do ‘estado de coisas inconstitucional’, especialmente das sentenças que tratam de violações de direitos fundamentais de pessoas encarceradas, destacando-se, além de tais decisões, a *Sentencia T – 025/2004* que, apesar de não tratar de questões carcerárias, trouxe consigo dois novos fatores que caracterizam o ‘estado de coisas inconstitucional’.

Posteriormente, será apresentado breve resumo da doutrina brasileira sobre o tema e os fundamentos da decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal brasileiro na ADPF 347.

O estudo tem em mira identificar os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal para encampar nova categoria de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade sistêmica, ao modelo brasileiro de controle da omissão inconstitucional, o que por sua magnitude - pode implicar poderoso instrumento no combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais e novo passo na resignificação do princípio da Separação de Poderes no Brasil- justifica análise dos critérios de sua configuração.

2. Origem do ‘estado de coisas inconstitucional’

A competência da Corte Constitucional Colombiana é descrita pelo artigo 241 da Constituição daquele Estado e inclui as seguintes disposições: guardar a Constituição Colombiana; verificar a inconstitucionalidade material e formal das normas infraconstitucionais; decidir acerca da constitucionalidade de referendos e plebiscitos; decidir sobre a exigibilidade dos Tratados Internacionais antes de serem ratificados pelo Estado e em caso de não constitucionalidade total, o Estado, em face de aceitação de tal tratado, deve fazê-lo com ressalvas.

O “estado de coisas inconstitucional” teve origem na Corte Constitucional Colombiana que decidiu no ano de 1997, por meio da *Sentencia de Unificación* SU. 559/97, que as Prefeituras das cidades de *Zambrano* e *Maira de La Baja* violaram direitos previdenciários de 45 (quarenta e cinco) professores, por meio da omissão de sua participação em um fundo de benefícios sociais. O caso versou sobre a tentativa de esvaziamento do Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério quando os municípios mencionados, não filiaram e pagaram as contribuições necessárias para que os docentes pudessem gozar de direitos de saúde e assistência social.

As prefeituras, segundo declaração dos próprios prefeitos, realizaram descontos de 5% dos salários dos professores para contemplar benefícios de saúde. Foram comprovadas devoluções de valores pagos pelos docentes em serviços de saúde, conforme fica registrado na Sentença em apreço, mas isso não é o suficiente para se dizer que se estava cumprindo as normas constitucionais, visto que, pelo princípio da solidariedade, todos os docentes deveriam ser filiados ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério. Nesse sentido, a Corte Constitucional Colombiana manifestou o seu dever em colaborar com outros órgãos do Estado, inclusive na verificação, quando provocada judicialmente, para averiguação de cumprimento da Constituição por parte dos órgãos estatais. Verifique-se o trecho destacado da *Sentencia de Unificación* SU. 559/97:

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

.....

DECISIÓN

Primero.- DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.”¹

A decisão exposta em parágrafos destacou no primeiro que ‘o estado de coisas inconstitucional’ foi verificado pela falta de vinculação dos professores junto ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério, conforme determinava a legislação vigente na Colômbia. As ‘coisas’ correspondiam à obrigação de vinculação, enquanto o ‘estado das coisas’ foi qualificado como ‘não conforme à Constituição’, ou seja, a não vinculação dos professores ao Fundo era uma situação de fato inconstitucional. As autoridades foram, então, advertidas de sua situação de falta de cumprimento da Constituição e que deveriam reverter ‘o estado de coisas inconstitucional’ em ‘estado de coisas constitucional’, em tempo razoável.

Na sentença prolatada, a Corte Constitucional da República da Colômbia, com relação as resoluções indicou: 1) que ‘o estado das coisas’ levadas a tutela daquela Corte não estavam conformes a Constituição; 2) que o exemplar do acórdão deveria ser enviado aos Ministros da Educação, da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento de Planejamento Nacional e aos demais membros do Conselho de Previdência Social, aos governadores e assembleias legislativas, aos prefeitos e conselhos municipais; 3) revogar as decisões proferidas pela Segunda Vara Criminal do *Circuito de Cartagena* e o do *Circuito do Tribunal Civil de Carmen Bolívar*, em 28 e 30 de outubro de 1996; 4) conceder aos demandantes o direito à igualdade de filiação e de gozo de benefícios, a partir da filiação junto ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais para os professores, a partir de 01 de janeiro de 1998; 5) enviar cópia do acórdão ao Gabinete do Procurador-Geral, ao Provedor de Justiça e a Controladoria Geral da República.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU.559/97. Disponível em:<
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 17/09/2016.

O Auto 552 A/15 2 prolatado pela Corte Constitucional Colombiana trouxe os fatores que determinam ‘o estado de coisas inconstitucional’ sendo classificados em seis fatores:

“...*(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.*”

Os fatores que caracterizam ‘o estado de coisas inconstitucional’ até esse momento consideram a vulnerabilidade da coletividade atingida pela falta de garantia de efetividade dos direitos fundamentais, a omissão das autoridades em garantir tais direitos, a falta de cumprimento das normas, a falta de normas e a grande demanda da tutela jurisdicional. O ‘estado de coisas inconstitucional’ até esse momento representa o descumprimento da Constituição por ação ou omissão.

Depois da *Sentencia de Unificación* SU. 559/97, a Corte Constitucional Colombiana ainda utilizou a tese do ‘estado de coisas inconstitucional’ em outras sentenças que também se referem a tal tese, tais como a *Sentencia de Tutela* (T) – 153, de 28 de abril de 1998 e a *Sentencia de Tutela* (T) – 025, de janeiro de 2004.

Antes do prosseguimento deste estudo, é importante salientar que no site da Corte Constitucional Colombiana há um espaço determinado para as mais importantes decisões e nenhuma das aqui analisadas se encontra em destaque pela própria Corte.

2 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Auto 552 A/15. Disponível em:<
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/A552A-15.htm>>. Acesso em 14/09/2016.

Isso leva a reflexão de que não a Corte Constitucional Colombiana não emprestou tanta importância a tese importada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

3) Evolução e pressupostos na Corte Constitucional Colombiana

Em consulta ao site da Corte Constitucional Colombiana, encontram-se disponíveis as seguintes sentenças que tratam de questões carcerárias que se basearam na tese do ‘estado de coisas inconstitucional’: T – 153/98; T - 256/2000; T – 1030/2003; T – 388/13; T 861/13; T -815/13; e, T 762/15.3

O Acórdão T – 153/98 tratou de estabelecimentos carcerários e das condições e causas da superlotação carcerária. Demonstrou que a pessoa tem que ser protegida em seu direito fundamental frente ao direito das maiorias. O acórdão demonstrou ainda que, as prisões colombianas eram caracterizadas pela superlotação, graves deficiências nos serviços públicos e de bem-estar em que imperava a regra da violência, extorsão, corrupção e falta de oportunidades e meios de ressocialização dos prisioneiros. A superlotação era, em parte, decorrência da falta de verificação do princípio da presunção de inocência. O Acórdão reconheceu ‘o estado de coisas inconstitucional’, ordenou a construção de prisões em um prazo de três meses e ordenou que governadores e prefeitos construíssem seus próprios centros de medidas de detenção.

A *Sentencia* T - 256/2000 tratou da Ação de tutela instaurada por *David Antonio Saldarriaga Vs. la Cárcel del Distrito Judicial de Bellavista*, em virtude da falta de condições mínimas de higiene e salubridade nas carceragens. A Sentença sob comento adotou a tese do estado de coisas inconstitucional’’ neste caso, tendo tomado por base, a *Sentencia* T – 153/1998.

A *Sentencia* T – 1030/2003 também segue a esteira da jurisprudência do ‘estado de coisas inconstitucional’ em termos de carceragem’ da *Sentencia* T – 153/98. Na *Sentencia* T – 1030/2003 os direitos violados de encarcerados foram: saúde; visita íntima; não uso de algemas em traslados internos; direito à visita íntima regular; local adequado e privado para falar com advogado; não raspar o cabelo; falta de uso de roupas adequados; acesso à rádio, televisão e revistas, quando a carceragem não for

3 A consulta no site da Corte Constitucional Colombiana revelou que existem cerca de vinte e duas sentenças que determinam o ‘estado de coisas inconstitucional’, fortalecendo essa tese naquela Corte, embora não tenha sentenças destacadas com importantes em seu sítio.

segurança máxima; cardápio de alimentação adequado. Apesar de a Direção da Carceragem ter recorrido, a sentença de primeiro grau foi em parte mantida e em parte reformada, não para atender ao peticionado pela Direção da Carceragem, mas, sim, para ampliar a garantia dos direitos estabelecidos pela Colômbia na ratificação de Tratados Internacionais, na Constituição e em legislações nacionais. A título de exemplo, a decisão de prazo de visitas íntimas seria de seis em seis semanas, mas a decisão reformada indica que seja em menos tempo, razoável, de 30 dias como previa o regulamento ou em menos tempo, se for possível; diminuir o intervalo de tempo entre visitas de adultos e de filhos menores; suspender o banho de água fria, às 5h da manhã aos presos que estejam sob recomendação médica. Ressalte-se que a Corte Constitucional constrói sua sentença considerando todo raciocínio do Controle de Convencionalidade, partindo dos Tratados Internacionais ratificados pelo Estado Colombiano até as mais ínfimas resoluções com baixo grau de positividade e abrangência. Isso corresponde ao que é determinado como competência da Corte Constitucional Colombiana e é uma resposta à tantas condenações do Estado frente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a que o Estado Colombiano é submetido. Observe-se que, apesar da Corte ter praticado o Controle de Convencionalidade, o artigo 241 da Constituição Colombiana determina a compatibilização de ratificação dos Tratados Internacionais na ordem inversa, verificando-se primeiro se não haverá inconstitucionalidade com a ratificação da norma. Essa posição de análise, a longo prazo dos Tratados futuros, fará com que se previna a ratificação de um Tratado inexecutável dentro da moldura legal colombiana.

Em relação aos fatores que caracterizam ‘o estado de coisas inconstitucional’, faz-se necessário destacar o *Sentencia* T- 025/04, fruto de cento e oito recursos interpostos junto à Corte Constitucional Colombiana, por cerca de 1.150 famílias que decidiu a situação de falta de observância de direitos fundamentais de populações deslocadas forçosamente. A Colômbia é um dos Estados que apresentou historicamente mais deslocamentos forçados internos. Isso foi decorrência de cerca de cinquenta anos de ‘guerra’ contra organizações como as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC. Comumente as populações deslocadas internas são confundidas com os refugiados, porém representam realidades distintas. De acordo com SILVA, FREITAS e GUERRA (2015, p. 121)

“...os deslocados internos são pessoas que foram forçadas a sair de suas casas,

seja em razão de conflito armado, violência generalizada, abusos aos direitos humanos ou até mesmo crises ambientais, mas que não atravessam uma fronteira internacional para buscar segurança, nem recebem autoridade internacional específica, pelo contrário, permanecem em seu país de origem sob a proteção de seu próprio governo, ainda que este governo possa ser a causa da fuga.”

Dessa feita, deslocado interno significa pessoa que é trocada de território interno para sua proteção em relação às violências que ocorreram. Já os refugiados são pessoas deslocadas internacionalmente, devido à violência generalizada em seus próprios países, com práticas de violação massiva de direitos humanos, e, com o consequente reconhecimento da condição de refugiado. No caso da Colômbia, o Acórdão T -205/2004, tratou de situação de população deslocada internamente e que não teve seus direitos fundamentais protegidos, como por exemplo, do recebimento do auxílio financeiro no período de três meses, sob a alegação de insuficiência de recursos para implementação de políticas de atenção à população deslocada. Esse acórdão é considerado um marco jurisprudencial na utilização da tese do ‘estado de coisas inconstitucional’, pois incluiu mais dois fatores caracterizadores deste estado que são: a falência das políticas públicas (análises e processos) e os escassos resultados alcançados (análise de resultado).

A *Sentencia* T-388/13 determinou novamente o ‘estado de coisas inconstitucional’ apreciando novos fatos que demonstram o retorno da crise do sistema carcerário que havia sido superado após a *Sentencia* T-153/98, mas que pela superlotação a partir de 2010 da carceragem, a observância de novas violações agora voltadas para grupos vulneráveis e minoritários, como é o caso das mulheres e de seus filhos nascidos já condenados pela situação de crueldade, bem como da situação do preso estrangeiro. Essa sentença, além de definir novo ‘estado de coisas inconstitucional’, agrega como solução a observância da ‘regra de saldo decrescente ou de equilíbrio’ que se pauta no decréscimo de pessoas inclusas no sistema carcerário de forma paulatina, outrossim das demais medidas para o retorno das condições de dignidade da pessoa humana deterioradas pelas práticas administrativas alicerçadas de inconstitucionalidade.

A *Sentencia* T – 861/13 tratou de situação de falta de respeito a direitos fundamentais dos presos e tomou por base a *Sentencia* T -153/98. A Sentença em apreço trouxe a classificação dos direitos fundamentais dos presos em três grupos: a) direitos fundamentais suspensos que são aqueles suspensos como condição da punição; b) direitos fundamentais intocáveis, moldados pelos direitos fundamentais da pessoa privada de liberdade que devem permanecer intactos por serem derivados diretamente da dignidade da pessoa humana, como o direito à vida e ao devido processo legal; c) direitos fundamentais restritos ou limitados admitidos constitucionalmente e que conduzem ao processo de ressocialização como: os direitos limitados à vida pessoal e familiar, à reunião, ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade de expressão, ao trabalho e à educação. Esta Sentença se refere de forma direta à interpretação emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em relação à garantia de direitos dos presos. A decisão também expressa de forma direta a cobrança de políticas públicas por parte do Executivo para resolver tais questões.

A *Sentencia* T – 762/15 tomou como base as sentenças T – 153 de 1998 e a T – 388 de 2013. A inovação da sentença em apreço está na avaliação da política criminal que foi adjetivada como reativa, populista, irrefletida, volátil, incoerente e subordinada à política de segurança. A decisão indica ordenações ao Congresso e ao Poder Executivo, no sentido de implementar o ‘padrão constitucional mínimo de uma política criminal que respeite os direitos humanos’. Constatou-se a participação da *Universidad Pontificia Bolivariana* e da Unidade Autônoma da América Latina que descreveram a política criminal como inexistente ou inadequada. Assim, é levantado o problema estrutural quanto ao desmantelamento da Política Criminal que deveria objetivar a luta contra a criminalidade e a garantia eficaz da ressocialização dos condenados. A sentença ainda ordenou ao Ministério da Justiça e do Direito a criar um Sistema de Informações, com o intuito de estabelecer estatísticas confiáveis e unificadas das condições das prisões.

Da análise das sentenças acima indicadas, observa-se um crescer desde a adoção da tese do ECI passando pelas ordenações e acompanhamentos da aplicação prática das sentenças, do retorno ao ECI, da significação de três grupos de direitos fundamentais dispostos aos encarcerados, da intervenção em políticas públicas a partir da avaliação das condições resolutivas das políticas e do comprometimento judicial por ordenação pelo Judiciário às autoridades que compõem os Poderes Executivo e

Legislativo, a fim de cumprir suas obrigações históricas na tripartição de poderes e na Constituição Colombiana de 1991.

4) Anotações sobre o Estado de Coisas inconstitucional na Doutrina Brasileira

Ao longo de quase três décadas após a promulgação da Constituição brasileira, desde trabalhos pioneiros como “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira”, de Luis Roberto Barroso (1993) e “A Proteção Judicial contra Omissões Legislativas”, de Flavia Piovesan (1995) diversos estudos sobre o controle das omissões inconstitucionais foram desenvolvidos na doutrina e despertaram acirrados debates sobre os mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais e os limites institucionais do Poder Judiciário na matéria.

No que se refere ao Estado de Coisas Inconstitucional, merecem destaque os trabalhos desenvolvidos por Carlos Alexandre de Azevedo Campos e Jane Reis Pereira.

Em tese de doutoramento apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2015, sob a orientação de Daniel Sarmento, intitulada ‘Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”’, Carlos Alexandre de Azevedo Campos desenvolve doutrina sobre a revisão dos pressupostos da inconstitucionalidade por omissão, demonstrando a possibilidade de configuração do Estado de Coisas Inconstitucional a partir da violação massiva de direitos fundamentais decorrente de omissões caracterizadas como falhas estruturais, situação de inconstitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional Colombiana e aplicável pelo Supremo Tribunal Federal no direito brasileiro. Afirma se tratar de ativismo judicial estrutural, porém legítimo se presentes os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional. Propõe o autor a legitimidade do ativismo estrutural dialógico e requisitos institucionais e políticos à sua aplicação pelo STF.

Dentre diversos aspectos relevantes, esclarece CAMPOS (2015, p. 22) que o quadro negativo de violação de direitos fundamentais:

“...pode apresentar-se extremo a legitimar medidas drásticas. Configurada uma realidade de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos, passa-se **“da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional”**. O ponto mais

relevante desta tese é apresentar o instrumento teórico do “estado de coisas inconstitucional”, importado da Corte Constitucional colombiana, como uma possibilidade de enfrentamento de omissões estatais, estruturais, que impliquem não apenas a falta de efetividade dos direitos fundamentais, mas sim um quadro de violação massiva desses direitos.

Além da tese de Alexandre Campos, merece destaque a contribuição de Jane Reis Gonçalves Pereira, em coautoria com Gabriel Accioly Gonçalves, os quais analisam criticamente o conceito de inconstitucionalidade e propõem que seu alcance ultrapasse a perspectiva legiscêntrica para alcançar o plano da efetividade. Apresentam uma nova categoria, denominada “inconstitucionalidade sistêmica”, consistente na violação da Constituição “em múltiplas dimensões, envolvendo um conjunto de ações institucionais, omissões e violações abrangentes e enraizadas, criando espaços vazios de constitucionalismo, muitas vezes com o apoio tácito das maiorias sociais.” (2015 p. 130) Mais adiante, esclarecem sobre o papel do Judiciário que

“trabalhando a partir de uma ótica gradualista, o reconhecimento de que a inconstitucionalidade pode se manifestar de forma multidimensional não acarretará a transformação do Judiciário na espinha dorsal do constitucionalismo, no dirigente definitivo e supremo de todas as controvérsias que possam, de forma direta ou indireta, ser reconduzidas à constituição.” (PEREIRA e GONÇALVES, 2015, p. 151)

As contribuições da doutrina brasileira, de par com a construção jurisprudencial da Corte Colombiana, tiveram indiscutível influência na importação do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo a analisar se este se valeu dos mesmos contornos fáticos da Colômbia para a adoção desse novo instrumento de resolução de estado sistêmico e crítico de inconstitucionalidade.

5) O ADPF nº 347/DF e o ‘estado de coisas inconstitucional’ no Supremo Tribunal Federal

A ADPF nº 347 MC/DF proposta pelo partido político PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL objetivou que seja reconhecido o ‘estado de

coisas inconstitucional' do sistema penitenciário brasileiro provocado por ações e omissões por parte dos poderes públicos da União, dos Estado e do Distrito Federal. Ressalte-se que a petição inicial foi embasada em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ (Universidade do Estado do Rio Janeiro), o que demonstra a importância e a confluência entre a academia como ator social, intelectual importante no processo de observância e respeitabilidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais categorizados como direitos humanos.

A descrição do 'estado das coisas' relacionado ao sistema penitenciário prisional decorreu da utilização poética da tragédia "Divina Comédia" de Dante Alighieri e da frase célebre escrita no portão do Inferno "Abandonai toda a esperança, vós que entráis". Como consequência da analogia as prisões brasileiras que são verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas, insalubres, local de proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Os encarcerados são comumente espancados, torturados e violados sexualmente, além de poderem ser mortos por outros encarcerados a qualquer tempo. Faltaria assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

A ADPF nº 347 MC/DF segue com pedido de Medida Cautelar que foi concedida pelo Ministro Relator Marco Aurélio Mello. Destaca-se que os pedidos constantes da inicial são: a) determinar que os juízes motivem a decisão de manter o encarceramento em detrimento a adoção de medidas cautelares; b) reconhecer a aplicabilidade em 90 (noventa) dias dos artigos 9, 3, 1ª parte do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7, 5, 1ª parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão; c) determinar aos juízes e tribunais brasileiros que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, buscando sempre aplicar no que for viável penas alternativas à prisão, bem como no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução; d) determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a revisão dos processos que envolvam pena privativa de liberdade; f) imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vedação à União Federal de

realização de novos contingenciamentos, até a superação do ‘estado de coisas inconstitucional’ do sistema prisional brasileiro.

De forma sintética, os pedidos consideram uma melhor avaliação por parte dos magistrados para evitar a continuidade do fomento pelo encarceramento, em detrimento de soluções que possam preservar a dignidade humana; o respeito às normas internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro como forma de cumprir o controle de convencionalidade 4, afirmando a utilização do procedimento das audiências de custódia como mecanismo de garantia de direitos internacionais compromissados, mas também com o intuito de evitar o encarceramento pela adoção de medidas que afastem o tempo de apresentação do suposto réu frente ao magistrado, acompanhado pelo Representante do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Em 03 de setembro de 2015, o Ministro Edson Fachin prolatou avaliação e voto frente à Medida Cautelar concedida pelo Ministro Relator Marco Aurélio Mello. No referido voto, o Ministro em tela faz o seguinte questionamento: “será que é mesmo esse o caso presente, aquele que intenta dar ao Supremo função constituinte permanente de sentidos?”⁵

O Ministro Fachin responde ao questionamento de que cabe ao STF a guarda da Constituição, devendo ser provocado para tal. O Ministro afirma que não se trata de usar o Poder Judiciário e o STF como espaço constituinte permanente, mas sim um Poder que atua em favor de minorias como encarcerados que necessitam de proteção dos direitos fundamentais que vem sendo sistematicamente violados pelos poderes públicos.

O Ministro Relator da ADPF nº 347 MC/DF em seu relatório e voto destacou a violação de direitos fundamentais e o aumento da criminalidade. Nesse sentido, concluiu que no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, integridade física e psíquica, sendo que a falta de compromisso com a respeitabilidade configura tratamento degradante, ultrajante e indigno. O Ministro Marco Aurélio ainda ressaltou que,

4 O controle de convencionalidade primeiro se dá pela respeitabilidade, verificação de convencionalidade, observância e obediência das normas internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro no âmbito interno pelos poderes públicos.

5 **Voto do Ministro Edson Fachin.** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-fachin-situacao-carceraria-adpf-347.pdf>>. Acesso em 09/08/2016.

“Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é o pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.”⁶

Nesse sentido, conforme o Ministro Relator indica que os cárceres brasileiros não servem ao que se propõem: a ressocialização, a falta de condições estruturais no cumprimento da pena leva à conclusão incontestável de que a estrutura levará ao estímulo à reincidência e ao aumento da incidência de crimes. Segundo o voto do Ministro Marco Aurélio ocorreram as seguintes violações:

“... os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição da tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (Art. 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXXIV)”.

As violações registradas estão em consonância com que o foi verificado nas sentenças colombianas, ou seja, a violação de direitos fundamentais consagrados pelos órgãos atrelados ao Poder Executivo, de forma renitente, fazendo com que já se aceite a

6 ADPF n.º 347 MC/DF. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 10/08/2016.

falência do sistema e se trata tais violações como acontecimentos a não serem aceitos normalmente, quase naturalizados pelo sistemático desrespeito aos direitos fundamentais sobretudo de grupos vulneráveis e marginalizados.

O Supremo Tribunal Federal, ainda que não definitivamente julgada a ADPF nº 347/DF, indica ter se inclinado a reconhecer nova categoria de inconstitucionalidade por omissão, caracterizada por seu caráter multifuncional e sistêmico, rompendo com as amarras não concretistas que têm constituído grave obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais.

6. Conclusão

Este estudo buscou, por meio de uma incursão na jurisprudência constitucional colombiana, verificar a origem da adoção da tese do ‘estado de coisas inconstitucional’. Tal tese foi utilizada em diversas decisões prolatadas pela Corte Constitucional Colombiana, desde a falta de inscrição no Fundo de Benefícios da Seguridade Social de docentes da rede pública por autoridades municipais, pelas questões carcerárias até ‘a falta de garantia de direitos fundamentais para populações forçosamente deslocadas’.

Faz-se necessário destacar que tal tese foi utilizada no caso da falta do pagamento de salários de servidores públicos, conforme *Sentencia* T -289/98. Isso quer dizer que, o descumprimento renitente da norma constitucional, especificamente das de direito fundamental, implica na constatação do ‘estado de coisas inconstitucional’. Essa ressalva se faz necessária para se verificar posteriormente como essa ‘importação’ pode interferir e inferir em situações de ineficácia constitucional.

Pesquisa junto ao site da Corte Constitucional Colombiana demonstrou que existe mais de vinte sentenças prolatadas sob a batuta do ‘estado de coisas inconstitucional’. Contudo, a Corte não considera tais decisões como principais em sua própria classificação de sentenças. É compreensível que tal postura seja essa, visto que essa tese demonstra que direitos já aceitos pelo povo colombiano e classificados como constitucionais não foram garantidos, não representando a eterna ‘corrida do direito para cuidar de fatos não verificados pelas normas vigentes’, mas sim da ineficácia do aparelho estatal, frente à normas existentes, demonstrando falência orgânica estatal.

A análise das sentenças referentes às questões carcerárias demonstrou a grave situação em que os presos se encontravam na Colômbia e a falência das estruturas estatais que deveriam ser capazes de garantir os direitos de integridade física, saúde,

educação, de visita, enfim de tratamento humano dos direitos que permanecem consignados aos presos. Observa-se a coragem e posicionamento técnico de enfrentamento de situações fáticas de franca violação de direitos humanos por parte da Corte daquele Estado. A Colômbia é um Estado que passou por grandes abalos de segurança pública interna e viveu até recentemente uma guerra não declarada com as FARC, tendo desfecho recente de acordo de paz. Está em trâmite a realização de referendo sobre as condições de tal acordo com essa força revolucionária, a fim de trazer a paz para o povo. É possível perceber a mudança de vida dos colombianos pela tranquilidade em poder ‘andar nas ruas’ sem preocupação com a segurança, como ocorre nos dias atuais no Brasil. Ainda falta muito para que a Colômbia chegue ao ‘estado de equilíbrio das coisas’, todavia importantes passos foram realizados nesse sentido. Se houve solução para a Colômbia, pode-se aprender com eles e mudar a situação de ‘estado de coisas inconstitucional’ que se encontra no Brasil, não somente no caso destacado na ADPF nº 347 MC/ DF, mas também nas demais situações ainda não reveladas judicialmente pelo STF com caracterização desse estado, principalmente com relação à falência de políticas públicas.

Diante da Corte Constitucional Colombiana, pode-se inferir que se constituem como fatores determinantes do ‘estado de coisas inconstitucional’: 1) a vulnerabilidade maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; 2) a prolongada omissão das autoridades em cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; 3) a adoção de práticas inconstitucionais que dependem de ação de tutela como parte para garantir a não violação de direitos; 4) a não expedição de medidas legislativas, administrativas, necessárias para evitar a vulnerabilidade de direitos; 5) a existência de problema social que exija a intervenção de varias entidades, requerendo a adoção de recursos que demandam um esforço adicional; 6) a utilização de tutela judicial por grande parte das pessoas afetadas pela falta de proteção de tais direitos; 7) a falência das políticas públicas (análises e processos); 8) e os escassos resultados alcançados (análises de resultados).

O Supremo Tribunal Federal brasileiro utilizou a tese do ECI em sede da Medida Cautelar na ADFP nº 347/ DF, seguindo a trilha das sentenças T – 153/98 e T – 388-13, porque reconheceu a falência estrutural do sistema carcerário brasileiro e a omissão constitucional do Poder Executivo em tal situação.

7. REFERÊNCIAS

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. A – 373 (23-08-16). Disponível em :<[http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/A-373%20\(23-08-16\).pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/A-373%20(23-08-16).pdf)>. Acesso em 14/09/2016

ADPF n ° 347 MC/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 10/08/2016.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, edição, 1993.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Novo Diagnóstico das Pessoas Presas no Brasil. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 25/09/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: Levantamento Nacional de informações penitenciária INFOPEN - JUNHO DE 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 25/09/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU.559/97. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 08/08/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T -153-98. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T - 289/98. Disponível: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>>. Acesso em: 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T – 256/2000. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-256-00.htm>>. Acesso em 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T – 1030/2003.

Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1030-03.htm>.

Acessos em 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-025/04. Disponível

em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-388/13. Disponível em

: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>>. Acesso em 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-861/13. Disponível

em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-861-13.htm>>. Acesso em 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T – 815/13. Disponível

em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-815-13.htm>>.

Acesso em: 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T -762/15. Disponível

em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>>. Acesso em: 22/09/2016.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T -195/15. Disponível

em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-195-15.htm> . >.

Acesso em: 22/09/2016.

Índice Temático do site da Corte Constitucional Colombiana. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=estado+de+cosas+inconstitucional&campo=%2F&pg=0&vs=0>>. Acesso em 25/09/2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly.

Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, n° 18, jan-dez.2015. p.130-159. ISSN 1516-6635

PIOVESAN, Flávia Cristina. **A Proteção Judicial contra Omissões Legislativas.** Curitiba: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Fernanda Queiroga; FREITAS, Jeane Silva; GUERRA, Gustavo Rabay. **A (in)eficácia do Estado Colombiano na aplicação dos princípios orientadores relativos aos deslocados internos.** Carta Internacional. Publicação da Associação Brasileira de Relações Internacionais. Vol. 10. N.2, jul - dez, 2015 [p. 120 a 145].

Disponível em: < <https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/viewFile/267/250>>.

Acesso em 22/09/2016.

Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-fachin-situacao-carceraria-adpf-347.pdf>>. Acesso em 09/08/2016.