IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-419-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

DIREITOS INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Em mais essa edição do Grupo de Trabalhos de Direito Internacional dos Direitos Humanos no IV Encontro Virtual do CONPEDI o tema da Pandemia foi o que recebeu mais destaque, sendo, porém, tratados também outros assuntos de suma importância para os Direitos Humanos em todo o mundo.

No artigo DIREITOS HUMANOS COMO CONCEITO EM MOVIMENTO? Alice Rocha da Silva e Andre Pires Gontijo, verificam que parte do conteúdo dos direitos humanos pode ser considerado “estático”, prevalecendo a manutenção de um núcleo “duro e essencial”, responsável pela definição de sua identidade, a proteção da pessoa humana.

No artigo O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL: EM DEFESA DE UM UNIVERSALISMO PLURALISTA, Laura Mallmann Marcht , Aline Michele Pedron Leves e Gilmar Antonio Bedin, analisam em que medida o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser pensado como uma forma de superação do impasse entre universalistas e relativistas culturais e se tornar um instrumento de fortalecimento da proteção dos direitos humanos na sociedade internacional contemporânea.

No artigo A INCOPORAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS: UMA ANÁLISE DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro e Sofia Sewnarine Negrão, analisam a influência das normas oriundas dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos para a formulação do Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais do texto constitucional de 1988.

No artigo O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS COMO FONTE NO DIREITO INTERNO EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, Lucas Gonçalves da Silva e João Batista Santos Filho, analisam a jurisprudência dos tribunais internacionais, focando, nas decisões da Corte Interamericana de Justiça e confirmando o curso crescente da jurisprudência internacional em direitos humanos, como fonte de direito.

No artigo CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O LEADING CASE (BARRIOS ALTOS VS. PERU), Eneida Orbage De Britto Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino, analisam o instituto do controle de convencionalidade adotado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A problemática se refere aos fundamentos extraídos do Leading case Barrios Altos vs. Peru acerca do controle de constitucionalidade.

No artigo A LEITURA MORAL E A CONCEPÇÃO MAJORITÁRIA NA PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Fernando Antônio de Lima e Murillo Eduardo Silva Menzote, analisam a judicial review, demonstrando o embate entre os juristas Dworkin e Waldron acerca da possibilidade da intervenção judicial sobre atos ou omissões do Legislativo.

No artigo OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA NO TRÂMITE DE PETIÇÕES NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, José Ricardo da Silva Baron e Vladimir Brega Filho, estudam a obrigatoriedade do oferecimento do procedimento para as partes em litígio no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No artigo PODER ECONÔMICO E TECNOLÓGICO: UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DE REGULAÇÃO PELO DIREITO, Marcelo Benacchio e Queila Rocha Carmona, pesquisam a regulação do poder econômico pelo Direito, buscando encontrar meios efetivos para uma regulação jurídica dos agentes econômicos que gravitam entre o local e o global.

No artigo A IMPORTÂNCIA DO PROJETO DE VIDA E A TEORIA DE AMARTYA SEN: UMA ABORDAGEM SOBRE DESENVOLVIMENTO, Vívian Lis Paes de Freitas Andrade e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith analisam a garantia do direito a um projeto de vida como um meio para o desenvolvimento, a partir da teoria de Amartya Sen.

No artigo ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, Andressa Rita Alves de Souza e Ubirajara Coelho Neto, analisam o sistema penitenciário brasileiro, com base no Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

No artigo O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UM DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS, Andressa Rita Alves de Souza e Ubirajara Coelho Neto analisam o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro sob a perspectiva do diálogo entre tribunais constitucionais, com enfoque no transconstitucionalismo.

No artigo A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR PELAS NORMAS INTERNACIONAIS E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL A PARTIR DA TEORIA DO "TRANSCONSTITUCIONALISMO" DE MARCELO NEVES, Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi e Jailton Macena De Araújo, visam expor sobre a aplicabilidade das normas internacionais no sistema jurídico brasileiro e reconhecem a integração de sistemas jurídicos estatais distintos sob a perspectiva da teoria do "transconstitucionalismo".

No artigo INTERSECCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DA SENTENÇA DO CASO DOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE ARTIFÍCIOS EM SANTO ANTÔNIO DE JESUS (BA), Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Arianne Albuquerque de Lima Oliveira, examinam a interconexão das noções fundamentais de não discriminação, raça, gênero, classe e mercado de trabalho no desenho da noção de interseccionalidade a partir da análise da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso da explosão da fábrica de fogos de artifícios em Santo Antônio de Jesus (BA).

No artigo CONFLITOS ARMADOS NA UCRÂNIA: ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Núbia Franco de Oliveira e Samuel Rodrigues de Oliveira, apresentam as origens dos conflitos no país e discutem, mediante análise documental dos relatórios do Tribunal, a importância da atuação do órgão nos termos do artigo 12 (3) do Estatuto.

No artigo LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OLIMPISMO: A REGRA Nº 50 DA CARTA OLÍMPICA E A TRANSVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Ticiano Augusto de Castro Lima Dominguez, analisam a controvérsia sobre a aplicação da Regra nº 50 da Carta Olímpica que proíbe manifestações políticas nos jogos, que significa limite à liberdade de expressão.

No artigo O DIÁLOGO ENTRE A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O BRASIL: A EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, Eneida Orbage De Britto

Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino analisam os instrumentos internacionais da Organização das Nações Unidas sobre a educação das pessoas com deficiência e a sua recepção pelo Brasil.

No artigo O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO - CONFLUENCIA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE, Vinicius Cobucci e Carolina Mendonça de Siqueira, a partir de uma revisão de literatura e por meio do método dedutivo, defendem o reconhecimento do direito enquanto princípio jurídico e analisam as principais repercussões jurídicas decorrentes dessa classificação.

No artigo EXAME DO REGIME JURÍDICO E DE DEMAIS ASPECTOS DOS MIGRANTES AMBIENTAIS SOB O ENFOQUE DAS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS E DO AQUECIMENTO GLOBAL, Raquel Viegas Carvalho De Siqueira Biscola e Livia Gaigher Bosio Campello, examinam alguns aspectos das migrações climáticas, mormente o humano, e como proteger os refugiados ambientais.

No artigo EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO LEGISLATIVA DOS REFUGIADOS NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE NO PLANO INTERNO E INTERNACIONAL, Edson Oliveira Da Silva, realiza uma análise da evolução legislativa voltada a proteção dos refugiados que ingressam no território brasileiro.

No artigo OS EFEITOS PREJUDICIAIS DA PANDEMIA DA COVID-19 AOS DIREITOS DOS REFUGIADOS, Gabriela Soldano Garcez e Victoria Navarro , Mayara Nascimento Ribeiro, analisam o embate entre o direito de migração, mormente a situação dos refugiados, e as medidas impostas pelos Estados para conter a disseminação do novo coronavírus e, assim, enfrentar a atual pandemia decretada em março de 2020.

No artigo PLATAFORMA INTERATIVA DE DECISÕES SOBRE REFÚGIO: ANÁLISE DE DADOS SOBRE VENEZUELANOS NO MARANHÃO, Guilherme Saldanha Santana , Thayara Silva Castelo Branco e Roberto Carvalho Veloso analisam a Plataforma Interativa de decisões sobre Refúgio desenvolvida pelo CONARE em cooperação interinstitucional com Acnur e o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo do Brasil.

No artigo SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UM OLHAR A PARTIR A INCLUSÃO DO OUTRO DE HABERMAS E A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS, Marcia Hiromi Cavalcanti e Flávio Bento pretendem demonstrar pela teoria política de inclusão do outro que é possível um direito cosmopolita, para fortalecer os fundamentos da sociedade democrática.

Desejamos a todos que aproveitem os artigos sobre temas tão relevantes.

Os Coordenadores:

Vladmir Oliveira da Silveira

UFMS e PUC - SP

Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini

UNIVEM - Marília e FMU-SP

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UM DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: A DIALOGUE BETWEEN CONSTITUTIONAL COURTS

Andressa Rita Alves de Souza [1]
Ubirajara Coelho Neto [2]

Resumo

As prisões brasileiras enfrentam uma crise estrutural e institucional, com violações massivas dos direitos fundamentais e da dignidade humana das pessoas privadas de liberdade, o que levou ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O presente trabalho propõe-se a analisar o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro sob a perspectiva do diálogo entre tribunais constitucionais, com enfoque no transconstitucionalismo, considerando que se trata de um mecanismo jurídico utilizado anteriormente pela Corte Constitucional Colombiana em problema similar. Para tanto, utilizará pesquisa bibliográfica e documental, com análise jurisprudencial, além do estudo qualitativo e de método dedutivo.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro, Violações de direitos, Estado de coisas inconstitucional, Diálogo entre cortes, Transconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

Brazilian prisons face a structural and institutional crisis, with massive violations of the fundamental rights and human dignity of prisoners, which has led to the recognition of the Unconstitutional State of Things by the Supreme Court. The present work proposes to analyze the Unconstitutional State of Things in the Brazilian prison system from a perspective of dialogue between constitutional courts, focusing on transconstitutionalism, considering that it is a legal mechanism previously used by the foreign Court in a similar problem. For this, it will use bibliographic and documentary research, with jurisprudential analysis, besides characterizing a qualitative study and deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian prison system, Violations of rights, Unconstitutional state of things, Dialogue between courts, Transconstitutionalism

[1] Mestranda em Constitucionalização do Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe. Bolsista CAPES. Pós-Graduada em Ciências Criminais pelo Centro Universitário UNIFG. Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes.

[2] Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Pós-Doutorando em Direito na Universidade de Lisboa (supervisão do Prof. Dr. Jorge Miranda). Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da UFS.

1 INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro enfrenta uma crise estrutural e institucional, com constantes violações dos direitos fundamentais e da dignidade humana das pessoas privativas de liberdade. Há uma superpopulação carcerária, além de diversos outros problemas, tais como, infraestrutura precária, ausência de condições para educação e trabalho dos presos, precariedade da assistência judiciária e dificuldades no acesso à saúde.

Considerando esse cenário nas prisões brasileiras, o Supremo Tribunal Federal foi acionado em 2015, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, na qual o PSOL (Parte Socialismo e Liberdade) pediu o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, além de outras medidas estruturais, como a audiência de custódia, de modo a reduzir a situação crítica que as pessoas privadas de liberdade são submetidas.

O Estado de Coisas Inconstitucional é um mecanismo jurídico, que para ser reconhecido exige a presença de grave violação de direitos fundamentais de um número amplo de pessoas, a omissão de vários órgãos do Poder Público e a solução deve envolver diferentes órgãos do Estado. Esse mecanismo foi reconhecido pela primeira vez na Colômbia em uma questão de direitos dos professores e, posteriormente, também em relação a situação do sistema carcerário colombiano.

A Corte Constitucional brasileira, por meio de medida liminar, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, havendo, aqui, um diálogo entre as cortes brasileira e colombiana, um exemplo do transconstitucionalismo, com a importação de instituto utilizado em Corte estrangeira.

Diante do exposto, analisamos o mecanismo jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido em relação ao sistema prisional brasileiro, destacando o diálogo entre as cortes brasileira e colombiana, que ressalta o transconstitucionalismo.

Com vistas à melhor compreensão do tema, dividimos a pesquisa em quatro capítulos, além do resumo, introdução e considerações finais. Abordamos sobre o sistema prisional brasileiro, destacando dados e fazendo uma análise histórica e atual, de modo a ressaltar o cenário precário que se encontra o cárcere brasileiro.

Partimos de uma contextualização do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), ressaltando seus preceitos, além de pontuar sobre as decisões da Corte Colombiana. Em seguida, abordamos sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário

brasileiro, analisando a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347. Por fim, analisamos sobre a jurisdição constitucional para tutela de direitos fundamentais, destacando o transconstitucionalismo a fim de realizar uma contextualização com o ECI e o diálogo entre as cortes.

Utilizamos como instrumentos de análise materiais já publicados, tais como livros e artigos, além de decisões judiciais, que se encontram referenciados ao final do texto, constituindo-se, assim, uma pesquisa bibliográfica e documental, com análise jurisprudencial, além de estudo qualitativo, com método dedutivo.

O interesse pelo tema surgiu das inquietações sobre a situação de crise das prisões brasileiras, bem como do interesse em analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional nesse cenário, aplicando um instituto jurídico utilizado anteriormente em corte estrangeira.

2 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Inicialmente, tratamos da dignidade humana e dos direitos fundamentais do preso. Em seguida, pontuamos sobre a contextualização histórica da pena de prisão e das prisões brasileiras, de modo a demonstrar que já foram implementadas de forma precária, resultando no cenário crítico atual. Por fim, abordamos sobre o cenário atual do sistema prisional brasileiro.

2.1 Dignidade humana e direitos fundamentais do preso

Faz-se necessário abordar, incialmente, sobre a dignidade humana e os direitos fundamentais dos presos, de modo a ressaltar as garantias que esse grupo de pessoas possuem, mas que são violadas massivamente por quem possui o dever de conceder a efetivação desses direitos.

Saliente-se que a dignidade humana figura em tratados, convenções internacionais e em diversas constituições estrangeiras. Na Constituição Federal de 1988, tem-se a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Sarlet conceitua a dignidade humana como:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe ,153 garantir as condições existenciais mínimas para

> uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 28).

Destaque-se que a dignidade humana implica um limite a atuação do Estado, que não deve violar a dignidade pessoal, bem como deve ter como objetivo permanente promover, proteger e realizar concretamente uma vida digna para todos. Além disso, a dignidade humana implica, também, um dever geral de respeito por parte da sociedade e de cada indivíduo (SARLET, 2011, p. 56-57).

Vale ressaltar que a dignidade humana se aplica a todos, de maneira indistinta, conforme pontua Sarlet (2011, p. 23). Nota-se que a condenação penal não retira a titularidade dos direitos fundamentais. Assim, permanece o dever do Estado de promover e respeitar a vida digna do preso, concedendo-lhe condições para assegurar seus direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, extrai-se da Constituição Federal alguns direitos que podem ser aplicados especificamente aos presos, como o direito de não ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, o direito de não ser imposta uma pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos e cruéis, o direito ao cumprimento da pena em estabelecimento distinto de acordo com a gravidade do delito, a idade e o sexo, bem como o respeito a integridade física e moral do preso.

Destacam-se, também, o direito a ser indenizado por ter sido condenado por erro judiciário ou por ter ficado preso tempo superior, além dos direitos fundamentais gerais que são aplicados a todos, incluindo os presos, como o direito à saúde, educação e trabalho.

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

2.2 Contextualização histórica da pena de prisão

A pena de prisão sempre esteve presente na história do Direito Penal e da Execução Penal, mas constituía apenas um meio de custódia do preso, ele ficaria preso aguardando o julgamento ou execução da sua pena (ALBUQUERQUE, 2015, p. 49), que poderia ser a

morte, a tortura, as galés, dentre outras. Servindo a prisão, nas palavras de Bitencourt (2011, p. 28), como uma "antessala de suplícios". Como a prisão aqui era o meio e não o fim da punição, não havia a preocupação com os locais nem com a saúde dos presos.

A pena de prisão passa de prisão-custódia para prisão-pena por interesses capitalistas. Surge o interesse no trabalho dos presos, em ter essa mão de obra barata (MARTINS, 2014). Assim, a prisão vai deixando de ser uma cena pública, já que a pena capital vai sendo substituída pela prisão-pena. Foucault destaca que:

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

As primeiras prisões brasileiras tinham, dentre outras finalidades, os propósitos de servir como casas de correção, para abrigar mendigos, ébrios e outras pessoas que fossem indesejáveis à sociedade, bem como de custodiar escravos fugitivos (POMPEU, 2015). Desse modo, funcionavam como instrumentos de controle social.

As penitenciárias construídas de forma prematura na América Latina enfrentaram muitos problemas financeiros e administrativos tanto na sua implementação quanto na sua manutenção. Elas eram severamente criticadas por não cumprirem com as promessas de higiene, de trato humanitário, além de não cumprir com suas funções de ressocialização dos custodiados e nem de combater a prática de delitos. Com a falta de recursos, a superlotação e a mistura de detentos de várias idades e graus de periculosidades, esse ideal reformista já começou a ter problemas (AGUIRRE, 2009, p.42-43).

Vê-se, assim, que a contextualização histórica da pena de prisão e do sistema prisional brasileiro demonstra a existência de problemas em sua implementação, com um tratamento desumano dos presos, refletindo, assim, no cenário de crise estrutural e institucional atual.

2.3 Cenário do sistema prisional brasileiro

O Wacquant, (2001, p. 7) ao tratar das prisões brasileiras, pontua que estas se parecem mais com "campos de concentração para pobres" ou "empresas públicas de depósito industrial de dejetos sociais" do que com instituições com fins de reinserção, dissuasão e neutralização. É enfatizada, aqui, a violência rotineira das autoridades, como a tortura institucionalizada e a matança em rebeliões, além da violência entre os detentos.

Diante desse cenário, Oppitiz (2018, p. 12) destaca que:

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

Desse modo, vê-se que além da superlotação, os estabelecimentos prisionais brasileiros enfrentam diversos outros problemas, como dificuldades na assistência jurídica, material e de saúde, falta de educação e trabalho, facções e rebeliões, infraestrutura precária, violência e abusos. Destaque-se que a superlotação das prisões é uma realidade em todos os estados brasileiros e, consequentemente, todas as condições precárias decorrentes dela.

De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) de 2020, o Brasil conta com 753.966 mil pessoas no sistema prisional, ao passo que existem apenas 446.739 mil vagas, resultando em um *deficit* de 307.227 mil vagas. Valendo citar, aqui, que a taxa de presos provisórios é de cerca de 30%, o que contribui para a superlotação e os problemas decorrentes desta.

Vê-se que a quantidade de presos cresce significadamente a cada ano, de modo que se torna "[...] incompatível com o desenvolvimento de políticas públicas eficazes em garantir uma estrutura nas prisões capazes em assegurar condições favoráveis de regeneração e reeducação dos presos" (PESSOA, RAPOSO, 2019, p. 7).

Desse modo, considerando esse cenário do sistema penitenciário brasileiro, pode-se afirmar que "a submissão do autor de um crime à pena corporal implica não apenas na segregação de sua liberdade e perda dos direitos políticos [...], como também na perda de sua dignidade humana" (ARAGÃO, 2015, p. 88). Além da pena privativa de liberdade imposta na sentença penal, o preso tem a pena da desumanidade com a qual é tratado, com as constantes violações dos seus direitos fundamentais.

3 ESTADO DE COISAS CONSTITUCIONAL

Abordamos sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, a fim de compreender esse instituto jurídico. De início, tratamos das conceituações. Em seguida, fizemos uma abordagem das decisões colombianas, especificamente as que reconheceram o ECI no sistema prisional colombiano e em relação ao direito a saúde dos presos.

3.1 Conceituações

Vale assinalar a respeito da concordância nominal da expressão Estado de Coisas Inconstitucional, porquanto o vocábulo "inconstitucional" refere-se ao termo "estado" e não a palavra "coisas". Assim, a inconstitucionalidade é do próprio estado das coisas, da situação, não das coisas em si (COUTO, 2018, p. 17-18).

Na perspectiva filosófica, ressalte-se que o Estado de Coisas Inconstitucional baseia-se na política liberal-igualitária, fundamentando-se em John Rawls, que aborda a noção de mínimo social. Para este, em um Estado Democrático de Direito, as políticas sociais devem ficar sob o comando do legislador, mas caso não seja concedido um mínimo social para a sobrevivência de algum grupo, os tribunais constitucionais devem controlar essas políticas públicas, para garantir esse mínimo social (RAWLS, 1993, p. 229-230 *apud* COUTO, 2018, p. 17).

Em caso da negativa de um mínimo de condições possíveis para a sobrevivência e existência digna de um grupo, os tribunais constitucionais precisam atuar, de modo a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, para sanar omissões dos Poderes Públicos e, consequentemente, materializar o próprio Estado Constitucional, já que este tem os preceitos fundamentais como núcleo e como sua própria essência.

Na perspectiva jurídica, saliente-se que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma decisão judicial, pela qual a Corte Constitucional reconhece a violação massiva e estrutural dos direitos fundamentais. Essa violação é contrária aos preceitos fundamentais da Constituição, exigindo uma atuação conjunta das instituições, com ações eficazes para sanar esse estado de anormalidade constitucional (PEÑA, 2011, p. 8).

Nessa linha, Couto (2018, p. 19) pontua que:

> Trata-se, portanto, de um fenômeno social. E, ao percebê-lo, o Poder Judiciário, ad hoc, por provocação ou de ofício, tem o poder-dever de imiscuir-se na construção das políticas públicas, em ativismo estrutural, ao reconhecer a existência de falhas estruturais importantes, que causam violações generalizadas, contínuas e sistemáticas dos direitos fundamentais.

Assim, para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, exige-se alguns requisitos, a saber, a violação massiva de direitos fundamentais de um grupo amplo e indeterminado de pessoas, essas violações devem decorrer de omissões de diversos órgãos dos Poderes Públicos, bem como exige-se que a solução envolva a atuação de vários órgãos. Vê-se que a violação precisa ser massiva e estrutural, envolvendo diversas instituições, não partindo apenas de um Poder ou de um órgão.

Nesse contexto, vale transcrever a conceituação feita por Coutinho Neto (2020, p. 21):

> [...] trata-se de mecanismo procedimental no qual a Corte assenta existir um quadro de violação massiva e sistemáticas de direitos fundamentais, de determinados grupos sociais, decorrentes de falhas estruturais, notadamente por omissões sistêmicas e persistentes dos Poderes Públicos, onde a superação desse quadro só é possível mediante um conjunto integrado de ações envolvendo todos os agentes que atuam na consecução do direito fundamental violado.

Mais além, Coutinho Neto (2020, p. 21) reforça que:

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

Destaque-se, aqui, que o ECI não traz uma solução terminativa estabelecida pelo Judiciário, mas o seu reconhecimento "[...] representa o início de uma relação dialógica e interinstitucional, que tem por finalidade última atacar a situação de violação comprometedora de direitos humanos fundamentais" (COSTA, 2016, p. 158-159).

Não se trata, pois, de uma decisão judicial com solução terminativa e definitiva, mas uma construção dialógica entre os Poderes no desenvolvimento e implementação de políticas públicas aptas a sanar o estado de anormalidade constitucional.

Pode-se dizer que o intuito do Estado de Coisas Inconstitucional "almeja envidar uma resposta por parte das autoridades envolvidas em casos de grave desatendimento à ordem constitucional, com a delimitação de parâmetros específicos" (COSTA, 2016, p. 158).

Constatadas tais violações aos direitos humanos, os efeitos da tutela jurisdicional protegem diretamente o grupo de pessoas que se encontra exposto às violações dos seus direitos, bem como reflete indiretamente em toda a sociedade, que está em potencial risco nessa realidade contrária a Constituição (PEÑA, 2011, p. 8).

O Estado de Coisas Inconstitucional visa proteger os direitos fundamentais previstos nas normas constitucionais. Por meio da decisão judicial, atesta-se essa situação de anormalidade constitucional e busca-se o diálogo entre os Poderes Públicos e a atuação conjunta para implementação de políticas públicas visando superar esse quadro de violações.

3.2 Das decisões colombianas

Destaque-se, aqui, que a Corte Constitucional colombiana criou o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, por via jurisprudencial, como um remédio constitucional para enfrentar as violações de direitos humanos naquele país (PEÑA, 2011, p. 15).

Por meio da sentença SU 559/97, em 1997, o Tribunal Constitucional colombiano reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em relação aos direitos sociais dos professores, pontuando que esses direitos estavam sendo violados de forma massiva e estrutural, sendo necessária a atuação da Corte para proteger a Constituição, considerando sua função de guardiã da Carta constitucional. Vale destacar trecho da sentença:

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

A Corte colombiana não se limitou a reconhecer as omissões das autoridades em relação aos direitos dos professores, identificou também uma falha estrutural e generalizada, que alcança um número amplo de pessoas, sendo esta uma regra geral do ECI (COUTINHO NETO, 2020, p. 18).

Em síntese, Couto (2018, p. 24) sublinha que o Tribunal Constitucional colombiano valeu-se desse mecanismo jurídico com base em três pontos-chave, quais sejam: evitar diversas ações sobre o mesmo tema, baseando-se, assim, na economia processual; o dever de colaboração entre os órgãos do Estado na proteção dos direitos fundamentais; e, por fim, o dever da Corte Constitucional de promover a efetivação dos preceitos fundamentais, considerando as falhas dos órgãos e a violação massiva desses direitos.

Voltando-se os olhos para o sistema carcerário colombiano e sua situação crítica, com a superlotação e violações dos direitos e da dignidade dos presos, bem como as falhas na função ressocializadora e as omissões dos órgãos do Estado, a Corte Constitucional colombiana também reconheceu o ECI nesse cenário por meio da sentença T 153-98.

Destacou-se que estavam presentes os requisitos para o reconhecimento desse mecanismo jurídico, bem como a inexistência de políticas públicas voltadas para os reclusos, sendo necessária a atuação do Tribunal Constitucional para preservar os direitos fundamentais desse grupo de pessoas expostas a violações e omissões dos Poderes Públicos. Valendo, aqui, transcrever trecho da sentença que reconheceu esse mecanismo no cárcere colombiano:

> Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la

> violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema (CORTE CONSTITUCONAL DE COLOMBIA, 1998, p. 1).

A Corte colombiana sublinhou, inclusive, sobre o princípio da presunção de inocência, de modo que a prisão preventiva deve ser uma medida extrema, conforme o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e as Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos). O Brasil também deve atenção aos mencionados instrumentos internacionais.

Considerando o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional colombiano, a Corte daquele país determinou diversas medidas, de modo a tentar sanar esse estado de anormalidade constitucional e preservar os direitos daquela minoria esquecida pelo Estado e pela sociedade.

Posteriormente, por meio das sentenças T-606/98 e T-607/98, o Tribunal Constitucional colombiano verificou a violação massiva ao direito de saúde dos detentos, confirmando a persistência do Estado de Coisas Inconstitucional, o que levou ao estabelecimento de novas medidas, além da determinação para uma atuação mais célere no cumprimento das medidas, para se sanar a situação de violações desse grupo (PEÑA, 2011, p. 20).

4 ESTADO DE COISAS CONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Analisamos a ADPF 347 que, por meio de liminar, reconheceu o ECI no sistema prisional brasileiro, de modo a demonstrar a utilização do instituto estrangeiro na jurisprudência nacional.

4.1 ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional

Em 2015, o PSOL provocou o Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 347, visando o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, além de solicitar algumas medidas buscando amenizar a situação, tais como, a audiência de custódia e a liberação de verbas do fundo penitenciário. Para tanto, fundamentou com base nas condições desumanas as quais os presos são submetidos, com as constantes violações dos seus direitos fundamentais.

O relator, Ministro Marco Aurélio assinala que foi pontuado pelo PSOL que:

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

Saliente-se que o PSOL desenvolveu sua fundamentação com base no cenário crítico do cárcere brasileiro, que se mostra incompatível com a Constituição Federal, porquanto viola diversos preceitos fundamentais, tais como, a dignidade humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à justiça, dentre outros. Ademais, argumentou que as lesões aos preceitos fundamentais dos presos decorreram de diversas ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal (STF, 2015, p. 3).

No julgamento da medida liminar, o STF reconheceu a situação desumana dos presos, com violação de normas nacionais e internacionais de direitos humanos. Constatou-se, também, a responsabilidade dos três Poderes pelo cenário que se encontra o sistema prisional. Destacaram, inclusive, a culpa do Judiciário, visto que cerca de 41% dos presos estavam em custódia provisória e pesquisas mostram que a maioria destes alcançam absolvição ou aplicação de penas alternativas (STF, 2015, p. 28-29).

O Ministro Luís Roberto Barroso pontuou sobre a necessidade da jurisdição constitucional para proteção dos direitos fundamentais, colocando que "[...] a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo é precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria" (STF, 2015, p. 70).

À visto disso, a Corte Constitucional reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, em sede de liminar, além de acolher algumas das medidas requeridas, como a adoção da audiência de custódia e a liberação do fundo penitenciário. Vale destacar trecho da ementa:

> 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 caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". [...] (STF, 2015, p. 2)

Sarmento (2016, p. 97) defende essa atuação judicial, destacando que:

> Também estou convencido de que o Poder Judiciário tem o dever de intervir em políticas públicas estatais para determinar a melhoria nas condições do sistema prisional visando ajustá-las aos imperativos da dignidade humana, mesmo quando isto importe em imposição de obrigações positivas custosas aos entes públicos, como reforma das prisões, criação de novas vagas etc. É que estes são gastos absolutamente prioritários, e a sua realização pelo Estado não é discricionária, mas constitucionalmente impositiva (SARMENTO, 2016, p. 97).

Nota-se, assim, a existência de falhas administrativas, legislativas, estruturais e orçamentárias, com políticas públicas ineficientes para o sistema prisional brasileiro. Considerando essas ações e omissões que resultam em uma violação generalizada dos direitos fundamentais desse determinado grupo de pessoas, agiu acertadamente a Corte Constitucional brasileira em reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, de modo a implementar medidas por meio de ações conjuntas dos Poderes Públicos para superar essa situação de anormalidade constitucional e concretizar os preceitos fundamentais.

5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS COMO EXEMPLO DE TRANSCONSTITUCIONALISMO

Versamos sobre a jurisdição constitucional para tutela de direitos fundamentais. Posteriormente, discorremos sobre o diálogo entre as cortes constitucionais no uso do Estado de Coisas Inconstitucional, ressaltando a utilização da jurisprudência estrangeria no âmbito interno como um exemplo de transconstitucionalismo.

5.1 Jurisdição constitucional

Cada país tem seus próprios mecanismos e estruturas em relação à jurisdição constitucional, mas todos possuem algo em comum, que é a função principal da jurisdição constitucional de "[...] dar a última resposta nas questões que envolvem a interpretação e aplicação da Constituição, de modo a resguardar e efetivar de modo correto seu conteúdo" (COSTA, 2016, p. 49).

A jurisdição constitucional fundamenta-se na ideia da supremacia da Constituição, porquanto esta encontra-se em posição de superioridade no ordenamento jurídico em relação às outras normas, bem como na estruturação política dos países (COSTA, 2016, p. 204).

O juiz constitucional tem como principal função cuidar da condução da jurisdição constitucional, buscando zelar para que ela se desenvolva de forma democrática, permitindo um ambiente de diálogo constitucional nessa busca pela efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade humana (COSTA, 2016, p. 208).

A jurisdição constitucional é essencial em um Estado Democrático de Direito, para se ter a concretização dos valores fundamentais do Estado Constitucional, buscando, assim, evitar omissões e atuações contrárias aos comandos constitucionais por parte dos Poderes Públicos.

5.2 Diálogo entre Cortes Constitucionais: transconstitucionalismo

O uso de jurisprudência estrangeira por tribunais constitucionais decorre em razão de problemas jurídicos complexos, que afetam diversas ordens jurídicas. A ideia de um constitucionalismo mundial é para se evitar que os sistemas jurídicos-constitucionais adotem diferentes medidas para um problema semelhante (MORAES, 2021, p. 14).

Interessante pontuar sobre os marcos teórico, filosófico e histórico do constitucionalismo transnacional. Como marco histórico, destaca-se o fortalecimento das democracias contemporâneas, bem como o desenvolvimento dos tribunais constitucionais, já o marco filosófico está relacionado ao novo Direto Constitucional, enquanto o marco teórico é verificado "[...] pelo movimento global em direção ao Judiciário [...]" (MORAES, 2021, p. 26).

Nesse sentido, importa destaca o conceito de transjudicialismo feito por Moraes, que coloca como uma "[...] interlocução entre o Direito Constitucional interno e estrangeiro, e destes com o Direito Internacional, o transjudicialismo é manifestado pelo transplante ou uma transposição estatal de decisões judiciais" (MORAES, 2021, p. 15).

Para Neves, (2009, p. 167-168):

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

Sob o ângulo do tribunal receptor, que é o caso abordado no Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, considerando que a Corte Constitucional brasileira se valeu de mecanismo utilizado na Corte colombiana, Moraes (2021, p. 21) pontua que:

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

Neves (2009, p. 118) dispõe que não há hierarquia entre as ordens jurídicas, "[...] a incorporação recíproca de conteúdo implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora.". Assim, o tribunal receptor fará a leitura da jurisprudência estrangeira de acordo com o seu próprio ordenamento jurídico.

O direito constitucional estatal é limitado, considerando que os problemas dos direitos fundamentais e dos direitos humanos vão além do território nacional, podendo um mesmo problema constitucional ocorrer em diferentes ordens, "[...] exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas" (NEVES, 2009, p. 120-121). Vê-se que o diálogo entre tribunais constitucionais é uma medida essencial para a concretização dos direitos humanos.

Diante desse contexto, o transconstitucionalismo baseia-se nessa ideia de diálogo entre ordens jurídicas para a resolução de problemas de direitos humanos e fundamentais enfrentados pelos Estados, de modo a efetivá-los e encontrar estratégias semelhantes para problemas comuns a essas ordens jurídicas.

Conforme pontuado anteriormente, o problema atual das prisões da américa latina reflete o contexto histórico de precariedade na implementação e manutenção dessas prisões. Assim, considerando a crise do sistema prisional brasileiro e o fato da Colômbia também enfrentar esse problema, bem como levando-se em conta que a Corte Constitucional daquele país já possui jurisprudência sobre o tema, é interessante esse diálogo jurisprudencial entre os tribunais constitucionais, com a utilização do mecanismo do Estado de Coisas Inconstitucional.

Barroso destaca a utilização do mecanismo utilizado na Corte Constitucional colombiana e que se trata de uma situação similar a brasileira, veja-se:

> Trata-se de um conceito importado da Corte Constitucional colombiana, em uma situação muito parecida com a brasileira. Portanto, não há aqui, como de praxe, na ADPF, a indicação de um ato específico do Poder Público. Existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema. Desse modo, também não excitaria em reconhecer como presente esse segundo elemento, que é um ato do Poder Público, na verdade, aqui um conjunto de ações e de inações (STF, 2015, p. 72-73).

No mundo globalizado, com países enfrentando problemas similares em relação aos direitos fundamentais, bem como considerando os tratados e convenções internacionais ratificados pelos países, que os tornam próximos nos tratamentos dos direitos humanos, faz-se necessário esse diálogo entre os tribunais constitucionais por meio do transconstitucionalismo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto histórico da pena de prisão e dos estabelecimentos prisionais refletem no cenário atual de crise, porquanto foram implementadas de forma precária e sem atenção aos direitos daqueles que ali se encontravam. As prisões na América Latina sofrem críticas desde a implementação, por não cumprirem as finalidades de ressocialização e evitar o cometimento de novos delitos, além de violarem massivamente os direitos das pessoas privativas de liberdade.

Vê-se que o sistema prisional brasileiro enfrenta uma crise decorrente de falhas e omissões administrativas, legislativas, judiciárias e orçamentárias, que levam a violações massivas e generalizadas dos direitos fundamentais dos presos. Os Poderes omitem-se no papel de efetivar os preceitos fundamentais, estando os detentos expostos a um cenário desumano, esquecidos pelo Estado e pela sociedade.

Diante desse contexto, a Corte Constitucional brasileira reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro por meio de medida liminar, utilizando desse mecanismo jurídico adotado anteriormente no Tribunal Constitucional colombiano. Houve uma importação da jurisprudência estrangeira para tratar de um problema similar.

Ao reconhecer o instituto jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal atentou-se aos requisitos utilizados pela Corte Constitucional colombiana, como a presença de violações massivas e decorrentes de omissões de vários órgãos do Estado, além disso, considerou que se tratava de um problema semelhante, já que esse mecanismo foi reconhecido também em relação ao sistema prisional daquele país, que se encontrava em um cenário desumano e de violações de direitos.

Esse diálogo entre cortes constitucionais faz-se essencial para efetivação dos direitos fundamentais, considerando que os países enfrentam problemas semelhantes. O instituto do transconstitucionalismo é necessário em um mundo globalizado, pois as Cortes Constitucionais precisam enfrentar questões similares ligadas aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, de modo a efetivá-los. Assim, o diálogo entre os tribunais constitucionais permite a interação e o desenvolvimento de estratégias semelhantes na efetivação de direitos e na resolução de situações comuns às ordens jurídicas.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE NETO, Flavio de Sá Cavalcanti de. **Punir, Recuperar, Lucrar: o trabalho penal na casa de detenção do recife (1862-1879)**. 2015. 212 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/14013. Acesso em: 30 maio. 2021.

ARAGÃO, Queline Barbosa de Souza. A realidade do sistema prisional brasileiro. **Revista Multitemas: Debates jurídicos contemporâneos**, Aracaju, v. 07, n. 02, p.84-94, abr. 2015.

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

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Custodiado - Integridade Física e Moral - Sistema Penitenciário - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Adequação. Cabível É A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Considerada A Situação Degradante das Penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional - Superlotação Carcerária - Condições Desumanas de Custódia - Violação Massiva de Direitos Fundamentais - Falhas Estruturais - Estado de Coisas Inconstitucional - Configuração. [...] nº ADPF 347. Requerente: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 28 maio 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-559/97. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso: 25 de junho de 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-153 de 1998. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm. Acesso: 25 de junho de 2021

COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos Instrumentos do Ativismo Judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. 2016 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

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

COUTO, Edenildo Souza. **O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico Para Efetividade dos Direitos Fundamentais no "Estado de Coisas Inconstitucional"**. 2018. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

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

MARTINS, Fernanda Rocha. **As Funções da Pena e o Sistema Penitenciário Brasileiro: em busca de novas alternativas**. 2014. 187 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014. Disponível em: http://up.mackenzie.br/stricto-sensu/direito-politico-e-economico/teses-e-dissertacoes-detalhada/artigo/as-funcoes-da-pena-e-o-sistema-penitenciario-brasileiro-em-busca-de-novas-alternativas/. Acesso em: 30 maio. 2021.

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

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

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

PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de Cosas Inconstitucional Y Políticas Públicas**. Tese de Mestrado (Estudos Políticos). Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaicones Internacionales, 2011.

PESSOA, Manoela Fleck de Paula; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Encarceramento em Massa: uma análise dos casos do complexo penitenciário de pedrinhas e curado**. Prim Facie, *[S. l.]*, v. 18, n. 39, p. 01-28, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48769. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48769. Acesso em: 27 maio. 2021.

POMPEU, Victor Marcilio. **O Condenado Idoso no Brasil: um estudo sobre o sistema penitenciário nacional**. 2015. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Forum, 2016.

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