

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Vivian de Almeida Gregori Torres
– Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-931-5

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VII
Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VII Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2024, sob o tema geral “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca, da Unigranrio-Afya, da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai e do Instituto Portucalense. Trata-se da sétima experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde a construção histórica da cidadania, passando pela discussão envolvendo os blocos de constitucionalidade. Controle de constitucionalidade, efeito backlash, federalismo, transconstitucionalismo, dentre outros temas relevantes, se destacaram nas discussões do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Diogo De Almeida Viana Dos Santos

Vivian de Almeida Gregori Torres

TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO TÉCNICA PARA A DENSIFICAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADPF 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TRANSCONSTITUTIONALISM AS A TECHNIQUE FOR THE DENSIFICATION OF THE HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEM: AN ANALYSIS BASED ON THE JUDGMENT OF ADPF 347 BY THE SUPREME FEDERAL COURT

Gisele Souza De Oliveira ¹
Daury Cesar Fabríz ²

Resumo

O presente artigo tem como objeto os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347. No referido precedente, o STF, de forma inédita, aplicou a técnica do estado de coisas inconstitucional, construção oriunda da Corte Constitucional da Colômbia, para caracterizar o sistema carcerário brasileiro. Como problema de pesquisa, questiona-se: o STF, ao empregar a teoria colombiana do estado de coisas inconstitucional, adotou uma postura transconstitucional, contribuindo, assim, para o fortalecimento do sistema de proteção dos direitos fundamentais no Brasil, ou, em vez disso, fez mero uso retórico de jurisprudência estrangeira, sem vínculo de relevância argumentativa? A hipótese é a de que o STF promoveu uma produtiva conversação com a ordem jurídica colombiana, com disposição para o aprendizado, com evidente ganho institucional perante os graves aviltamentos aos direitos humanos nos presídios brasileiros. Pelo método hermenêutico-dialético, no capítulo um, apresenta-se o referido precedente, com ênfase na aplicabilidade do instituto em tela. No capítulo dois, explana-se a teoria do transconstitucionalismo, concebida por Marcelo Neves, marco teórico aqui adotado. No último nível, realiza-se a análise do objeto à luz da referida teoria, a fim de se responder ao problema de pesquisa mais diretamente. Ao final, conclui-se que o Estado brasileiro, por meio do Supremo Tribunal Federal, realizou relevante conversação com a ordem jurídica estatal colombiana, condizente com o método do transconstitucionalismo, propiciando melhor enfrentamento ao quadro de violações de direitos fundamentais na realidade prisional brasileira.

Palavras-chave: Stf, Transconstitucionalismo, Direitos humanos, Estado de coisas inconstitucional, Adpf 347

¹ Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Especialista em Direito Constitucional pela UFES e em Direito Penal e Direito Processual Penal pela EMES.

² Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG; Graduado em Direito pela UVV; Graduado em Ciências Sociais pela UFES.

Abstract/Resumen/Résumé

This article focuses on the judgments handed down by the Federal Supreme Court in ADPF 347. In this precedent, the STF, in an unprecedented way, applied the technique of the unconstitutional state of affairs, a construction originating from the Colombian Constitutional Court, to characterize the Brazilian prison system. As a research problem, the question is: did the STF, in employing the Colombian theory of the unconstitutional state of affairs, adopt a transconstitutional stance, thus contributing to strengthening the system of protection of fundamental rights in Brazil, or did it instead make mere rhetorical use of foreign jurisprudence, with no link of argumentative relevance? The hypothesis is that the STF has promoted a productive conversation with the Colombian legal system, with a willingness to learn, with obvious institutional gains in the face of serious violations of human rights in Brazilian prisons. Using the hermeneutic-dialectic method, chapter one presents the aforementioned precedent, with an emphasis on the applicability of the institute in question. Chapter two explains the theory of transconstitutionalism, conceived by Marcelo Neves, the theoretical framework adopted here. At the last level, the subject is analyzed in the light of this theory, in order to answer the research problem more directly. In the end, it is concluded that the Brazilian state, through the Federal Supreme Court, has engaged in a relevant conversation with the Colombian state legal system, consistent with the method of transconstitutionalism, providing a better response to the situation of violations of fundamental rights in Brazilian prisons.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Stf, Transconstitutionalism, Human rights, Unconstitutional state of affairs

1 INTRODUÇÃO

A crescente inserção dos estados nacionais nos processos globais e as novas dinâmicas da sociedade mundial, com seus inúmeros condicionamentos, desafiam os juristas a repensar os paradigmas do constitucionalismo. A emergência de novas ordens jurídicas e a interação entre elas demandam a concepção de um sistema de abertura capaz de lidar com os movimentos globalizantes da sociedade mundial, especialmente em matéria de direitos humanos.

No presente texto, analisa-se a relação entre as ordens jurídicas estatais no âmbito da América Latina, em especial, as do Estado brasileiro e da Colômbia, a partir do precedente oriundo do julgamento da ADPF 347 pelo STF, com a aplicação, de forma inédita, da técnica do estado de coisas inconstitucional. Essa é uma construção jurisprudencial oriunda da Corte Constitucional colombiana da qual o Supremo Tribunal Federal se valeu para caracterizar o sistema carcerário brasileiro diante do quadro de afrontas persistentes aos direitos humanos nos estabelecimentos penais de nosso país.

Como problema de pesquisa, põe-se o seguinte questionamento: o STF, ao empregar a teoria colombiana do estado de coisas inconstitucional, adotou uma postura transconstitucional, à luz da teoria do transconstitucionalismo, de Marcelo Neves, contribuindo, assim, para o fortalecimento do sistema de proteção dos direitos fundamentais no Brasil, ou, em vez disso, fez mero uso retórico de jurisprudência estrangeira, sem vínculo de relevância argumentativa?

Trabalha-se com a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal, ao lançar mão do instituto do estado de coisas inconstitucional, promoveu uma produtiva conversação com a ordem jurídica colombiana, com disposição para o aprendizado, com evidente ganho para o enfrentamento do grave quadro de violação de direitos humanos no contexto do sistema prisional.

Pelo método hermenêutico-dialético, proposto por Hans Gadamer (2008), o estudo é eminentemente interpretativo, com todas as pré-compreensões de quem o realiza. Dessa feita, averigua-se a realização de conversações e diálogos entre as ordens jurídicas estatais no âmbito da América Latina, na perspectiva transconstitucional de Marcelo Neves (marco teórico), com a contribuição para a construção do *Ius Constitutionale Commune*.

Nesse itinerário, no capítulo um, apresenta-se o precedente oriundo do STF, com ênfase na análise do nível de aplicação do instituto do estado de coisas inconstitucional e da disposição para o aprendizado. No capítulo dois, procede-se à apresentação da teoria do transconstitucionalismo, concebida por Marcelo Neves. Já no último nível, realiza-se a análise

do objeto à luz da referida teoria, a fim de verificar se houve efetiva disposição por parte do STF para o aprendizado com a ordem jurídica colombiana ou se não foi superado o nível de um mero uso retórico do instituto.

2 A ADPF 347 E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Em 9 de setembro de 2015, ao decidir a medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347, o STF, de maneira inédita, reconheceu o estado de coisas inconstitucional para caracterizar o sistema penitenciário nacional, diante do “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” (Brasil, 2015, p. 3).

Tratou-se de demanda ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que buscava o reconhecimento da figura do estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro com a consequente adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

A exordial invocou a atuação do STF nos moldes da Corte Constitucional da Colômbia, sustentando que a técnica de declaração do estado de coisas inconstitucional permite à Corte impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, além de supervisionar a efetiva implementação.

A relatoria da ação de controle concentrado de constitucionalidade coube ao Ministro Marco Aurélio que iniciou a abordagem do mérito da demanda com um criterioso relato sobre o que chamou de “situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro”, colacionando dados de fontes diversas, entre eles, da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro - Clínica UERJ Direitos. Além disso, o relator correlacionou a violação de direitos fundamentais nas unidades prisionais com o aumento da criminalidade (Brasil, 2015, p. 22-26).

Explicitou, ainda, que a responsabilidade por esse lamentável quadro não poderia ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três - Legislativo, Executivo e Judiciário -, e não só à União, como também aos estados e ao Distrito Federal. O cenário do sistema

prisional decorre tanto de problemas na formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Segundo o relator, falta coordenação institucional. Nesse sentido, sem suas palavras,

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o concerto (com S) do quadro inconstitucional (Brasil, 2015, p. 29).

Incursionando na abordagem do estado de coisas inconstitucional, o relator afirma a existência, segundo a Corte Constitucional da Colômbia, de três pressupostos principais para a sua caracterização: (i) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; (ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; (iii) a superação das transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades. Invoca, nesse contexto, sete precedentes daquela Corte, quais sejam: Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004 (Brasil, 2015, p. 29).

Conjecturando sobre o papel do STF, constata dificuldades quanto ao exercício de função atípica pela Corte, que é a interferência em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Apesar disso, conforme considerou, controvérsias teóricas não têm aptidão para afastar o convencimento de que, uma vez atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional, o Tribunal deve tomar parte, em adequada medida, em decisões primariamente políticas, sem que isso implique afronta ao princípio democrático e da separação de poderes. Segundo o relator, “a forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal” (Brasil, 2015, p. 31).

Ao final, deferiu parcialmente a medida liminar requerida, determinando:

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

momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstenendo-se de realizar novos contingenciamentos (Brasil, 2015, p. 41/42).

Com pontuais divergências sobre algumas medidas, o STF, por maioria, acompanhou o voto do Relator, conforme consta no acórdão, inaugurando no sistema jurídico brasileiro, a técnica de litígio estrutural consistente no estado de coisas inconstitucional.

Passados oito anos do deferimento da medida cautelar, o STF, em 4 de outubro de 2023, concluiu o julgamento do mérito da ADPF, quando foram reforçados os argumentos da adequação da técnica do estado de coisas inconstitucional para o enfrentamento do grave quadro do sistema prisional, firmando-se, entre outras, a seguinte tese de julgamento:

Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória (Brasil, 2023, p. 9).

O relator explicita que, conforme destacado na doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser o responsável pela elaboração das políticas públicas, atuando como um coordenador institucional, a fim de produzir um efeito desbloqueador. Na sua percepção, com o escopo de superar o quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional, a Corte deve “assentar a omissão das autoridades públicas, incentivar a saída do estado de letargia, determinar a formulação de políticas públicas e provocar a deliberação política e social”, de forma a garantir a efetividade das normas constitucionais e a integração entre as instituições (Brasil, 2023, p. 56).

Nesse ponto, relevante destacar que o cenário de ambos os países, Brasil e Colômbia, guarda imensa similitude diante da dificuldade de os poderes majoritários (legislativo e executivo) realizarem escolhas que contemplem pautas impopulares, como os direitos das pessoas presas, pois seus representantes dependem do voto popular para se manter em seus cargos.

Por isso, Carolina Noura de Moraes Rêgo (2020, p. 19) considera que “o estado de coisas inconstitucional se apresenta na prática do ativismo judicial, se manifestando pelas omissões que levam à usurpação dos direitos fundamentais.”, defendendo que, nesses casos, o Judiciário deve extrapolar sua função de apenas dizer o direito para adotar uma postura de proatividade para fazer valer os princípios constitucionais e impedir violações aos direitos fundamentais.

Em seu voto-vista, o Ministro Luis Roberto Barroso esclarece que “reconhecer a competência do STF para a causa não implica afirmar que o Tribunal substituirá os Poderes Executivo e Legislativo na formulação da política pública”, ressaltando que, de fato, tais Poderes detêm melhores condições para a formulação de políticas públicas e primazia quanto a escolhas dentro da moldura vigente. Conclui que a competência do STF e as atribuições dos demais Poderes se compatibilizam no processo estrutural, no qual se insere o estado de coisas inconstitucional (Brasil, 2023, p. 120).

Segue esclarecendo que processos estruturais são aqueles que têm como objeto um quadro persistente de desconformidade do funcionamento burocrático que gera ou perpetua a violação a direitos fundamentais e cuja superação envolve correção ou reformulação de políticas públicas. Na realidade da América Latina, a espécie de litígio estratégico mais conhecida é o estado de coisas inconstitucional. A jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia exige os seguintes elementos para a sua decretação:

(i) a ocorrência de uma violação massiva a direitos fundamentais; (ii) a omissão persistente das autoridades no enfrentamento de tal violação; (iii) a necessidade de intervenção de diversas entidades e autoridades para solucionar o problema; (iv) o risco de sobrecarga jurisdicional caso as mesmas questões sejam levadas ao Judiciário por meio de litígios individuais. São exemplos de julgados proferidos no âmbito de ECIs pela Corte Constitucional da Colômbia: aqueles destinados à superação da superlotação carcerária (T-153/1998 entre outras), ao enfrentamento de falhas estruturais em matéria de saúde (T-760/2008) e à garantia de direitos prestacionais essenciais a pessoas deslocadas dos locais em que viviam originalmente (T-025/2004) (Brasil, 2023, p. 121).

Os demais ministros reconheceram expressamente a configuração do estado de coisas inconstitucional no julgamento de mérito da ADPF. Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin ressaltou o ineditismo da aplicação da tese na ocasião do julgamento da medida cautelar, abordando algumas críticas apontadas pela doutrina logo após a decisão cautelar na referida ADPF, as quais procurou enfrentar quando da prolação de seu voto na ADPF 635. Para ele, a configuração do estado de coisas inconstitucional exige: (i) um quadro de violações sistemáticas de direitos humanos; (ii) que decorre de uma omissão estrutural que envolva os três poderes ou diversos entes da federação; (iii) a necessidade de construção de uma solução complexa que necessariamente envolva a atuação dos três poderes (Brasil, 2023, p. 237).

Por ocasião da prolação de seu voto na ADPF 635, que tem como pano de fundo a excessiva letalidade da atuação policial no Rio de Janeiro, o Ministro Edson Fachin assentou que

Na Colômbia, a Corte Constitucional promoveu uma releitura própria da doutrina das ações estruturais, adaptando-a ao contexto das graves violações de direitos encontradas em países de desenvolvimento tardio da América Latina. Essa adaptação deu origem ao instituto do estado de coisas inconstitucional, reconhecido

pelo STF na ADPF 347, que trata das condições degradantes do sistema penitenciário nacional.

Anote-se que a utilização desses institutos que buscam promover a melhoria da performance do Estado na tutela e proteção dos direitos fundamentais exige rigor técnico e prático, sob pena do distanciamento das suas verdadeiras origens e finalidades, com o uso meramente retórico de modelos estrangeiros e o possível conflito com outros princípios e valores constitucionais caros ao nosso sistema, como o princípio da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), que privilegiam, a priori, as opções legitimamente chanceladas pelo voto popular na definição e implementação de políticas públicas (Brasil, 2020, p. 174).

Percebe-se, pois, que o STF, a partir do precedente ora examinado, realizou uma percuciente análise do instituto do estado de coisas inconstitucional, inclusive com o enfrentamento das críticas formuladas pela doutrina logo após o deferimento da medida cautelar em 2015. A Corte o incorporou como técnica inserida no contexto do constitucionalismo transformador da América Latina, considerando a similitudes desse bloco de países no que tange a contextos de graves violações de direitos humanos.

3 TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

A complexificação da sociedade mundial, intensamente conectada, gerou uma mitigação das fronteiras entre os estados nacionais e a incapacidade de suas respectivas ordens jurídicas de apresentar, de forma isolada, respostas aos problemas surgidos a partir dessas novas dinâmicas.

Nas palavras de Georges Abboud e Ricardo Campos (2022, p. 13),

Se, no passado, a globalização crescente poderia ser vislumbrada como estertor do constitucionalismo - dado que o Direito Constitucional nasce e se consolida em estrita isomorfia com a figura do Estado-nação -, fato é que o constitucionalismo se reconfigurou ao mundo cada vez mais conectado e globalizado.

Diante desse contexto, constitucionalistas dos mais diversos matizes, ligados ao estudo das constituições estatais, passaram a se debruçar sobre os desafios de “um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais” (Neves, 2014b, p. 201).

Nesse cenário, Abboud e Campos (2022, p.13) registram a relevância e atualidade do alerta de Anne Maria Slaughter, realizado em meados da década de 1990, no sentido de que “os Tribunais Constitucionais estão conversando entre si ao redor do mundo todo”.

O transconstitucionalismo é uma das tentativas de resposta a essa conjuntura, partindo da premissa de que, com a maior integração da sociedade mundial, os problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder, passaram a ter relevância, de forma concomitante, para mais de uma ordem jurídica. Nas palavras de Neves,

Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos (Neves, 2014b, p. 206).

O autor em comento desenvolveu uma teoria sofisticada, que consegue redefinir a lógica da relação entre os estados nacionais e outros atores, concebendo uma forma de interação por meio de um mecanismo de conversações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas com a possibilidade de aprendizado recíproco.

Assim, parte-se da premissa da existência, dentro do direito, enquanto sistema funcional da sociedade mundial, de uma multiplicidade de ordens jurídicas, cada uma com seus próprios elementos ou operações, estruturas e processos, que se interpenetram constantemente. Nessa perspectiva, não apenas a sociedade mundial é multicêntrica, mas também o seu sistema jurídico (Neves, 2009, p. 116-117).

Não se trata de uma espécie de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, mas sim, da existência de problemas jurídico-constitucionais que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Nessa senda, um problema transconstitucional poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais (arbitrais) e instituições jurídicas locais nativas na busca de sua solução (Neves, 2014b, p. 207).

Marcelo Neves observa que, na experiência brasileira, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas estatais tem encontrado sensível desenvolvimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial, em decisões relevantes em matéria de direitos fundamentais. Supera-se, assim, a mera citação em votos singulares dos ministros, encontrando expressão nas ementas dos acórdãos, integrando a própria *ratio decidendi* (Neves, 2014a, p. 198).

Nessa linha de ideias, Garapon (1996, p. 39/40), analisando o contexto europeu, identificou que

O constitucionalismo, mais especificamente os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, criou um novo pacto entre o Judiciário das nações. Nesse paradigma, ficaria vetusta a oposição: Judiciário soberano versus intruso externo, passando a existir um verdadeiro diálogo entre os juízos de diferentes nações. Por conseguinte, o Judiciário deveria passar a procurar inspiração para sua decisão em juízos internacionais.

Nesse contexto, no âmbito da América Latina, identifica-se o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que não se restringe a relações entre duas ordens jurídicas, podendo envolver entrelaçamentos triangulares ou multiangulares entre ordens

jurídicas em torno de um mesmo problema de ordem constitucional, o que se desenvolve de formas variadas. Nesse caso, invocam-se, além de precedentes de estados estrangeiros, normas convencionais do direito internacional e a jurisprudência de tribunais internacionais (Neves, 2014a, p. 207).

4 ANÁLISE DO PRECEDENTE À LUZ DA TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

A mobilização da técnica do estado de coisas inconstitucional no precedente objeto desta pesquisa evidencia o transconstitucionalismo, visto que o STF, ao adotar a construção colombiana, levou em consideração as peculiaridades locais. A propósito, tal atitude é inerente à ideia de transconstitucionalismo, que não se satisfaz com a simples importação de teorias, focalizando na transversalidade reflexiva “a fim de inibir o transplante imediato e acrítico do direito estrangeiro” (Wermuth e Castro, 2021. p. 795).

Sobre o uso de doutrina e jurisprudência constitucional estrangeiras, Neves (2014a, p. 198) alerta que, em grande parte, “têm sido expressão de uma ‘retórica’ dos magistrados destinada à prova de erudição, sem qualquer vínculo de relevância argumentativa com o caso sub judice”.

Porém, no caso da ADPF 347, verifica-se que não se tratou de mero uso retórico de jurisprudência estrangeira, desconectada da *ratio decidendi*. Pelo contrário, a alteração foi bastante significativa, pois o relator e os pares empregaram a técnica com a necessária profundidade, erigindo-a ao patamar de argumento central nas razões de decidir, integrando-a nos acórdãos da medida cautelar e do julgamento de mérito.

Portanto, a postura do STF, no caso em tela, encontra-se alinhada com a teoria do transconstitucionalismo, visto ter se colocado na posição daquele que observa, com o escopo de construir um modelo que se revele o mais efetivo para fazer cessar o cenário de violações massivas de direitos humanos nos estabelecimentos penais do país. Tudo isso exatamente na linha preconizada pelo autor da teoria, para quem

O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o ‘modelo de articulação’ [‘engagement model’], ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídico constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos (Neves, 2014a, p. 207).

Como visto, depois de oito anos do deferimento da medida cautelar, o STF confirmou, no julgamento do mérito, realizado em 4 de outubro de 2023, a adequação do estado de coisas

inconstitucional como técnica de litígio estrutural para o enfrentamento do grave quadro de violação de direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro, confirmando a maior parte das medidas deferidas liminarmente.

A América Latina ostenta um cenário de múltiplas violações de direitos humanos e o desenvolvimento do instituto do estado de coisas inconstitucional fundamenta-se nesse contexto, em especial na Colômbia e no Brasil, deixando antever situações similares que, por certo, reivindicam soluções semelhantes, em observância às peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido, o transconstitucionalismo latino-americano revela-se uma especial forma de agir da jurisdição constitucional por propiciar a utilização de um instrumento idealizado em um país, mas válido à resolução de demandas em outro Estado (Wermuth e Castro, 2021, p. 796).

Na específica questão do estado de coisas inconstitucional, relevante trazer à baila a análise empreendida por Rêgo (2020, p. 109), que faz um paralelo com o estado de exceção dos campos de concentração, recorrendo à teoria da exceção de Giorgio Agamben (2004), advindo, daí, a importância do instituto para a restauração da dignidade humana.

É evidente que, mesmo após oito anos da concessão da medida cautelar, ainda não se pode afirmar que o estado de coisas inconstitucional foi superado no sistema prisional brasileiro, mas se vislumbram evidentes avanços, os quais podem ser atribuídos ao acerto na utilização da técnica de processo estrutural e à capacidade desenvolvida pelo STF de coordenação institucional junto aos demais poderes, nos níveis federal e estadual.

Como exemplo, podemos citar a incorporação do instituto da audiência de custódia ao ordenamento jurídico brasileiro, após a superação das resistências iniciais, o qual foi inserido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, após um hercúleo trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Justiça para a sua implementação em todo o país.

Logo, em 15 de dezembro de 2015, três meses após o deferimento da medida cautelar na ADPF 347, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 213, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Após a edição desse importante marco normativo, o Conselho Nacional de Justiça passou a monitorar a implantação das audiências de custódia em todo o país, oferecendo suporte de *expertise*, capacitação e auxílio nos diálogos locais para a conexão dos poderes e instituições do sistema de justiça criminal em torno da referida prática, com o escopo de qualificar a porta de entrada do sistema prisional.

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas

Socioeducativas (DMF) vem implementando um amplo programa de incidência em diferentes fases do ciclo penal, primeiramente chamado de “Justiça Presente” e, hoje, “Fazendo Justiça”. O projeto se dá em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e suporte do Ministério da Justiça e Segurança Pública, no contexto das medidas decorrentes do arranjo institucional deflagrado a partir da decisão na ADPF 347 (Brasil, 2023, p. 4).

Embora a limitação do presente trabalho não permita uma análise mais aprofundada dos dados do sistema prisional, registre-se que, entre 2015 e 2022, o número de pessoas privadas de liberdade passou de 698.618 para 648.692, ao passo que o número de vagas saltou de 371.201 para 477.056. Já o número de pessoas em monitoração eletrônica passou de 18.100 em 2015 para 91.000 em 2022, um incremento de 386% (Brasil, 2023, p. 6). Isso deve ser diretamente creditado às articulações empreendidas após o marco do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo STF.

Portanto, se ainda não foram alcançados os resultados esperados, com a completa superação do quadro de violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, hoje, o caminho encontra-se mais aclarado, com a identificação das medidas que devem ser implementadas, a produção de dados e informações estatísticas de qualidade sobre o sistema prisional e a permanente articulação entre os poderes e instituições do sistema de justiça no escopo dessa superação.

Assim, como exposto, o STF não se limitou a “importar” uma teoria estrangeira sem conexão com a realidade brasileira, mas, ao revés, ateu-se à transversalidade reflexiva, o que também tem sido fomentado no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

O alinhamento entre os discursos do SIDH e do STF, no sentido da adoção da técnica decisória oriunda da Corte Constitucional da Colômbia, fomenta a formação do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, o qual se relaciona com o constitucionalismo transformador, baseado no intuito de concretizar os direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito. O caráter transformador relaciona-se exatamente com a finalidade de concretização dessas promessas em regiões em que elas ainda não estão consolidadas, o que se realiza por meio da atribuição de força normativa às normas constitucionais (Mello, 2019, p. 254-255).

Assim, a despeito das críticas à aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional pelo STF, em grande parte relacionadas ao chamado “ativismo judicial” e à falta de contornos claros sobre o instituto, fato é que essa espécie de processo estrutural

parece se inserir no contexto da América Latina como um instrumento de transformação no contexto do *Ius Constitutionale Commune*. Se os institutos não devem ser simplesmente “importados” de outras ordens jurídicas estatais, as críticas também não. Portanto, há de se ter cautela com críticas que são elaboradas com base em ordens jurídicas oriundas de países que já consolidaram um cenário mínimo de inclusão social, igualdade e garantia aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme cotejado neste texto, os desafios da sociedade mundial, cada vez mais conectada e complexa, demandaram um novo olhar sobre o constitucionalismo, que já não encontra sentido no isolamento dentro das fronteiras de estado-nação, levando os autores a desenvolverem teorias sobre um gênero que pode ser denominado de constitucionalismo global.

Observou-se a necessidade de se investigar novas formas pelas quais o direito constitucional passou a lidar com problemas tipicamente constitucionais, com ênfase para os casos de violação de direitos humanos, os quais extrapolam os limites do estado nacional.

Na esteira dessas inquietações, Marcelo Neves concebeu a teoria do transconstitucionalismo, que se baseia em um mecanismo de conversações recíprocas com a possibilidade de aprendizado entre as diversas ordens jurídicas. Nessa concepção teórica, o estado nacional continua a ser o *locus* por excelência para a reprodução dos sistemas político e jurídico, o qual, porém, adota uma postura de abertura a outras ordens jurídicas, tanto estatais, quanto extraestatais, internacionais e transnacionais.

Por essa teoria, afastam-se as fatídicas previsões que davam como certo o fim do constitucionalismo. Muito pelo contrário, pois as transformações levadas a efeito pelas novas dinâmicas da sociedade mundial passaram a demandar uma postura de abertura para novas ordens jurídicas, o que, em última instância, tem o potencial de fortalecer o sistema de proteção dos direitos humanos, uma vez que conjuga olhares diversos e complementares.

Neste estudo, voltaram-se os olhos especificamente para a aplicação pelo STF do instituto do estado de coisas inconstitucional, construção oriunda da Corte Constitucional da Colômbia, para caracterizar o sistema prisional brasileiro no bojo da ADPF 347, diante do quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja superação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Nesse precedente, explicitou-se que a responsabilidade pelo lamentável quadro não poderia ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três, e não só da União, como também dos estados e do Distrito Federal, de modo que a eliminação ou redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas dos três Poderes.

Neste cenário, o STF mobilizou o instituto do estado de coisas inconstitucional para o enfrentamento do quadro de violação de direitos humanos nos presídios brasileiros. A inquietação que motivou o presente trabalho girou em torno da necessidade de se compreender em que medida o Tribunal, ao empregar a teoria oriunda da Corte Constitucional da Colômbia, teria adotado uma postura transconstitucional, de modo a contribuir para o fortalecimento do sistema de proteção de direitos humanos no Brasil ou se, noutro giro, teria realizado um mero uso retórico de precedente estrangeiro sem relevância para a formação da *ratio decidendi*.

Concluiu-se que o STF aplicou a técnica com a necessária profundidade, erigindo-a ao patamar de argumento central nas razões de decidir, integrando-a nos acórdãos da medida cautelar e do julgamento de mérito, suplantando o simples nível retórico. Além disso, o Tribunal levou em consideração as peculiaridades locais, não realizando uma simples importação acrítica de teorias.

Como se viu o transconstitucionalismo não se satisfaz com a mera “importação” de institutos oriundos da jurisprudência estrangeira, sem a necessária contextualização e adequação aos problemas próprios do país onde se aplica a solução jurídica. Tampouco se realiza com a mera citação de precedentes estrangeiros como forma de demonstração de erudição dos membros de Tribunais.

O desenvolvimento do instituto do estado de coisas inconstitucional encontra terreno fértil na América Latina diante do cenário de múltiplas violações de direitos humanos, deixando antever situações similares que demandam soluções semelhantes, sempre com a observância das peculiaridades do caso concreto. Nesse contexto, abordou-se que o transconstitucionalismo latino-americano revela-se uma especial forma de agir da jurisdição constitucional por propiciar o compartilhamento de técnicas entre os países da região.

Muito embora o cenário de severa violação de direitos humanos no sistema prisional não tenha sido superado, houve avanços, os quais podem ser atribuídos ao acerto na utilização da técnica de processo estrutural, em especial, à capacidade de realização de desbloqueios políticos entre poderes e instituições. A título de ilustração, tem-se a incorporação das

audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e o programa de incidência em diferentes fases do ciclo penal coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, o alinhamento entre os discursos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal fomenta o transconstitucionalismo latinoamericano e, conseqüentemente, contribui para a formação do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, cujo escopo pode ser sintetizado na concretização dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

Enfim, no julgamento em questão, o STF adotou uma postura genuinamente transconstitucional, reconhecendo a importância do pluralismo dialógico entre ordens jurídicas estatais, contribuindo, assim, para o fortalecimento do sistema de proteção de direitos humanos no Brasil, o que pode ser aferido por meio das diversas medidas adotadas desde o deferimento da cautelar na ADPF 347 no sentido da superação do quadro de violação massiva de direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges e CAMPOS, Ricardo. Caminhos do Constitucionalismo Global: por uma antropofagia hermenêutica. In: ABBOUD, Georges [et al]. **Constitucionalismo Global**. 1a. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Transformando o Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras**: caminhos e avanços a partir do julgamento cautelar da ADPF 347. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/atualizacao-adpf-347-cnj-fj.pdf#:~:text=Entre%202019%20e%202023%2C%20o,Unidas%20sobre%20Drogas%20e%20Crime.&text=A%20a%C3%A7%C3%A3o%20visa%20enfrentar%20o,da%20ocupa%C3%A7%C3%A3o%20das%20vagas%20prisionais>. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Presidência da República, Brasília: 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 nov. 2023.

BRASIL. **Lei 13.964/2019**. Palácio do Planalto. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 mar. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-DF**. Julgamento em: 09 de setembro de 2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635-RJ**. Julgamento em: 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761100480>. Acesso em: 4 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-DF**. Julgamento em: 04 de outubro de 2023. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 23 mar. 2024

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Constitucionalismo Latinoamericano, Volume 9, n. 2, agosto de 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6144>. Acesso em: 24 mar. 2024.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, Dezembro de 2014b, p. 201-232. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 out. 2023.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Guarulhos/SP: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Rede: Revista eletrônica de Direito do Estado**, n. 4, outubro/dezembro de 2005, Salvador/BA, p. 1-35. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=63>. Acesso em: 5 nov. 2023.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan/mar. 2014, p. 193-214. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>. Acesso em: 30 out. 2023.

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

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. CASTRO, André Giovane. Direitos Humanos e estado de coisas inconstitucional: o transconstitucionalismo latino-americano na ADPF 347. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 11, n. 2, ago. 2021, p. 783-800. Disponível

em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7400/0>. Acesso em: 24 mar. 2024.