

1. INTRODUÇÃO

A partir do século XIX, quando a prisão tornou-se a forma majoritária para a resposta penológica, pensava-se que poderia ser o meio adequado para conseguir a reforma do delinquente através de sua reabilitação. O isolamento extremo do sistema pensilvânico; o foco à vigilância e disciplina do sistema auburniano; e o sistema progressivo com seu regime de distribuição temporal de duração da condenação em períodos e seus respectivos privilégios, demonstraram a tentativa de evoluir a pena privativa de liberdade para modelos menos falhos e mais eficazes.

De qualquer forma, é fato que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade pois é grande as críticas e questionamentos que se faz à prisão quando nos referimos a sua impossibilidade de obter algum efeito positivo sobre o apenado e suas possibilidades de reintegração à sociedade.

A fundamentação da ineficácia da pena privativa de liberdade, em qualquer das possíveis funções que a pena possa exercer em um Estado Democrático de Direito, parte de uma premissa simples: a inexistência, na maior parte do mundo, de condições materiais e humanas para um possível efeito reabilitador nos sistemas penitenciários.

A realidade brasileira é prova disso. O sistema penitenciário nacional caótico, com suas condições de encarceramento desumanas de superlotação, adversidades estruturais e deficiência higiênica, demonstra que as normas jurídicas, tanto aquelas garantidas no bojo da Constituição Federal quanto aquelas defendidas nos pactos sobre direitos humanos, encontram-se em clara dissintonia. São reflexos dessa realidade os casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como: da Penitenciária de Araraquara no estado de São Paulo; do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no estado do Maranhão; e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Os estabelecimentos prisionais, ao invés de funcionarem como instituições de reabilitação, segregam grupos em situação de marginalidade, mantendo-os constantemente apartados da sociedade.

É decorrência dessa situação de violação de valores e princípios constitucionais e de direitos humanos que os Estados adotam instrumentos de cooperação e diálogo para possibilitar uma atuação mais concentrada e eficiente para superar o estado de quase ou total exceção e inaptidão que encontramos nos sistemas penitenciários.

O Estado de Coisa Inconstitucional, mecanismo internalizado do ordenamento colombiano, foi justamente uma das tentativas do Estado brasileiro de, partindo da cooperação

de seus Poderes, colocar em eficácia os direitos fundamentais dos detentos e suavizar a situação de “inconstitucionalidade” no sistema penitenciário nacional.

Desta forma, além de analisarmos as medidas utilizadas pelo Brasil para solucionar ou aliviar as violações de direitos nas prisões pelo Estado de Coisa Inconstitucional – e seu fracasso em tal propósito –, também verificaremos como o diálogo e cooperação penal facilitam a atuação estatal na resolução de suas problemáticas por meio de exame no sistema comunitário da União Europeia e seu processo de comunitarização penal e da atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia.

2. O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

A aparição do instrumento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) ocorreu na Colômbia, inicialmente, na Sentença de Unificação n. 559, de 6 de novembro de 1997, quando professores de dois Municípios intentaram uma Ação de Tutela após violações a seus direitos previdenciários pelas autoridades locais. A Corte Constitucional da Colômbia, na *Sentencia SU 559/97*, reconheceu a existência de uma falha estrutural criada pela omissão normativa e executiva, a qual lesava o exercício do direito fundamental de um número amplo e indeterminado de indivíduos.

A Constituição Colombiana de 1886 estabelecia apenas uma defasada lista de direitos –o que acarretou uma produção jurisprudencial pobre da Corte Suprema até 1992 (Lopes, 2019, p. 14). A partir de então, vigorando a Constituição Colombiana de 1991, houve inúmeras decisões relativas às minorias, sendo o ECI meio visado para a “proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, determinado ações ao Poderes e autoridades até então omissos, por meio de suas sentenças estruturais” (Lopes, 2019, p. 14). A jurisprudência colombiana progrediu aplicando o instrumento em variadas situações, tentando construir um arcabouço de direitos para minorias através de decisões judiciais.

As cortes constitucionais são muitas vezes convocadas para proteger ou efetivar direitos fundamentais difusos e coletivos, os quais podem originar-se da inaptidão dos outros Poderes. Assim, em decorrência dessa incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade pelos demais Poderes, há uma busca de suprir essas lacunas através da atuação do Judiciário. As cortes passam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, ou seja, de limitadores de decisões arbitrárias tomadas pelo Parlamento, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição (Viera, 2008, p. 444).

Este processo de expansão da autoridade judicial, preconiza o surgimento de cortes ativistas, marcadas de uma “nova forma de pensar a relação entre o ordenamento jurídico e a Constituição, conhecida como neoconstitucionalismo”, abandonando “uma postura de mera aplicação da lei e atua interpretando o fato concreto de acordo com valores, princípios e normas” constitucionais (Tomita; Arrigoni, 2019, p. 71).

Mais uma vez, essa nova forma de operação é incentivada através de novos instrumentos, como o ECI, numa tentativa de superar bloqueios políticos e institucional, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. A atuação do Poder Judiciário para a resolução de gargalos institucionais é esclarecida no seguinte excerto (Campos, 2015, *apud* Viana; Borges, 2018, p. 9):

Cortes engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural, justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais. O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.

Desta forma, para facilitar sua caracterização e, conseqüentemente, para evitar excessos em sua aplicação, o ECI ganhou pressuposto em 2004 com a *Sentencia T-025*. A falta de seriedade de como enquadrar o caso prático com o instrumento do ECI ocasionaria a sua generalização, criando decisões vazias e sem concretude. Assim, a *Sentencia T-025* enumerou seis pressupostos, os quais devem ser contempladas no ato de decidir, para definir se existe um estado de coisa inconstitucional com um rigor técnico, cabendo destacar os seguintes:

[...] (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Colombia, 2004, p. 64).

Apesar da *Sentencia T-025* estabelecer seis pressupostos, a doutrina brasileira elenca apenas quatro requisitos suficientes para a caracterização do ECI.

O primeiro pressuposto refere-se à constatação de um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, a qual afeta um número amplo indeterminado de pessoas. Esse pressuposto necessita ainda de três fatores para sua sustentação, quais sejam: violação massiva e contínua de direitos; variedade de direitos fundamentais violados, e número amplo e expressivo de pessoas e grupos afetados (Campos, 2019, p. 186).

O segundo pressuposto refere-se a omissão reitera e insistente das autoridades estatais na efetivação dos direitos humanos. As falhas estruturais “relacionam-se à falta de interesse institucional à modificação do cenário de descaso com os valores delineados normativamente” (Castro; Wermuth, 2021, p. 67). A inércia está vinculada à carência de políticas públicas no “bojo de um Estado Social de Direito, estruturado, formalmente [...], como os instrumentos hábeis à promoção e, conseqüentemente, à satisfação dos ditames constitucionais”, sendo “responsabilidades impostas a entes constitutivos e setoriais da Federação” (Castro; Wermuth, 2021, p. 67).

O terceiro pressuposto refere-se à forma como a superação da violação massiva e contínua dos direitos fundamentais ocorrerá. A responsabilidade para sua solução “deve ser distribuída a uma pluralidade de atores públicos. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações existe quanto à busca de soluções (Campos, 2019, p. 189)”. Assim, ao declarar o estado de coisas constitucional, a corte constitucional agirá como um coordenador institucional, ajudando a pluralidade de atores a superar barreiras políticas e estruturais, implementado ainda um diálogo com a sociedade civil (Tomita; Arrigoni, 2019, p. 71). Logo, ainda de mais nada, esse pressuposto estabelece a necessidade da ação conjunta de da estrutura política-civil pertinente para a resolução das violações aos direitos fundamentais.

O quarto pressuposto refere-se à “potencialidade de o aparelho judicial receber um contingente expressivo de demandas” visto que as “infringência dos direitos e das garantias tem um público significativo como alvo” (Castro; Wermuth, 2021, p. 67). Desta forma, o reconhecimento do ECI favoreceria a isonomia na solução tomada, servindo como estratégia para prevenir problemas de congestionamento judicial.

De forma semelhante, no Brasil, a caracterização do ECI respeitou os pressupostos da doutrina colombiana, necessitando do enquadramento a três pressupostos principais. São eles: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada ou persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (BRASIL, 2016, p. 29).

3. O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E AS MEDIDAS TOMADAS

A importação do instrumento no ordenamento brasileiro ocorreu em resposta a Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, intentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O partido imputou a inconstitucionalidade do estado de coisas das prisões como a culminância das ações e das omissões da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, seja do poder Executivo, seja do poder Judiciário, seja do poder Legislativo. Os valores constitucionais, bem como das convenções e dos tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, supostamente violados, além da dignidade da pessoa humana, inscrita no art. 1º, inciso III, são os seguintes: proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III); sanções cruéis (art. 5º, inciso XLVII); respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX); presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII). Ademais, “os direitos humanos alusivos ao acesso à justiça, à alimentação, à educação e à saúde foram, também, mencionados como não observados no decurso da privação de liberdade (Castro; Wermuth, 2021, p. 77).

De fato, o ECI foi acionado no Brasil para tratar do sistema prisional porque a questão merece o diálogo e a atenção prestados. O contexto encontrado no sistema penitenciário nacional inseria-se nos pressupostos de caracterização do instrumento desenvolvidos pela Corte Constitucional da Colômbia.

A exordial da na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF sustentou a existência de falhas estruturais, demandando a intervenção do aparelho judicial para evitar o colapso verificado no sistema penitenciário através do esforços de todos os Poderes, de todas as unidades federativas e de todos os órgãos afeitos à segurança pública. Assim, “os erros estatais com os custodiados não seriam sanados sem a tomada de iniciativa aspirada com o julgamento pelo STF” (Castro; Wermuth, 2021, p. 77). Em outras palavras, “ocorreu, portanto, uma manifestação clara, sem subterfúgios, do ativismo judicial” do STF que, afirmado pelo relator, “o órgão aposta numa colaboração, voltada ao diálogo institucional”, cabendo a Corte catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções (Viana; Borges, 2018, p. 10).

Não restou dúvidas, o julgamento foi procedente, implicando no reconhecimento de um estado inconstitucional nas prisões brasileiras. A decisão foi seguida de “diretrizes destinadas aos demais órgãos do Estado” (Viana; Borges, 2018, p. 10). O Tribunal determinou

que: (i) aos juízes e tribunais que realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia; (ii) determinou à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e que evitasse novos contingenciamentos, fixando prazo de até sessenta dias, a contar da publicação da decisão, para a procedência desse pedido. Por fim, determinou à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Tribunal informações sobre a situação prisional de suas respectivas áreas e competências (Brasil, 2015, p. 209-210).

Inovação trazida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a audiência de custódia, atualmente prevista pelo art. 310 do Código de Processo Penal e redação dada pelo Pacote Anticrime, estabelece que, no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, o juiz deverá realizar audiência de custódia, com a presença do autuado, do defensor e do representante do Ministério Público, para deliberar sobre a legalidade da prisão e sobre a necessidade de sua manutenção (Reis; Gonçalves, 2023, p. 228).

Como dito, o a primeira menção à audiência de custódia surgiu em 1966 com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinado e promulgado em 1992. Entretanto, o ordenamento brasileiro demorou em apresentar uma resposta prática com relação à audiência de custódia, sendo que apenas em dezembro de 2015, três meses depois da apreciação da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, que o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução n. 213 de 2015, regulamentando em todo o território nacional o procedimento nas audiências de custódia.

Nas Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional (BRASIL, 2023), com início em 2015, nos dados cadastrados entre os meses de janeiro e agosto, em todo território nacional, apenas 770 audiências de custódias haviam sido realizadas. Ao final do ano, ajudado pela regulamentação, a determinação do STF que juízes e tribunais realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, reforçou a demanda, levando a quase ao dobro de números, totalizando 1.412 audiências de custódias realizadas. Hoje, desde o início da divulgação de dados, 1.326.512 audiências de custódias foram realizadas, no bojo das quais as prisões, em 793.480 casos, convertidas em preventivas; em 529.497 casos, convertidas em liberdade; e, em 3,445 casos, convertidas em domiciliar; havendo 98.661 relatos de tortura ou de maus-tratos.

Embora os números de audiências de custódias aumentam, em reflexo ao aumento da população carcerária, os dados mostram a manutenção da segregação, o que, para efeitos do reconhecimento do estado inconstitucional, não conferem o sucesso ou frustração do instrumento, porém, ainda assim, formam um instrumento que viabiliza a soltura de quase metade dos custodiados, como também meio de reclamação para a violência estatal, demonstrado pelos relatos de tortura ou de maus-tratos (Castro; Wermuth, 2021, p. 87-88).

O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) foi criado pela Lei Complementar n. 79, de 1994, instituído no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, gerido pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional. Desta forma, o FUNPEN atua em linhas de atuação voltadas para: ampliação e construção de espaços voltados para educação; aparelhamento de salas de informática e de audiovisual; aquisição de material didático e literário; aquisição de mobiliário escolar; abertura e execução de turmas de qualificação profissional e tecnológica; execução e ações de fomento à leitura; e implementação de projetos e atividades de cunho cultural ou esportivo (BRASIL, 2020, p. 1-3).

O descontingenciamento das verbas do FUNPEN envolveu a outra medida cautelar deferida, tratando-se da única solicitação atrelada à Administração Pública. O Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União informa as seguintes despesas executadas do orçamento em relação aos valores do FUNPEN no íterim de 2015 a 2022: R\$45,86 milhões em 2015; R\$1,16 bilhão em 2016; R\$ 769,59 milhões em 2017; R\$152,12 milhões em 2018; R\$169,16 milhões em 2019; e R\$146,07 milhões em 2020; R\$373,30 em 2021; e R\$323,58 milhões em 2022. Em 2023, Secretaria Nacional de Políticas Penais informou repasse de R\$330,65 milhões, com foco nas Regiões Nordeste e Norte. Assim, pelos dados, a liberação dos valores “não está vinculada, necessariamente, a melhorias no sistema carcerário brasileiro. Em tese, sim, mas não há como afirmar”, porém demonstra movimentação estatal para acentuar os dilemas secundários (Castro; Wermuth, 2021, p. 89), os quais são delimitados pelas linhas de atuação do fundo.

Depois de oito anos do reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, por dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional para o segundo semestre de 2022, a população carcerária ainda apresenta números surpreendentes, totalizando 648.692 de detentos, com déficit de 171.636 vagas. Ademais, por dados do Justiça em Números de 2022 (Conselho Nacional de Justiça, 2022, p. 107, fig. 53), hoje existem 5,4 milhões casos criminais pendentes, com 2,2 milhões novos casos criminais em 2021. Na área de execuções penais, 1,36 milhão estão pendentes de pena privativa de liberdade; 0,90 milhão pendentes de pena não privativa de liberdade; e novas execuções penais de 0,16 milhão para pena privativa de liberdade e de 0,28 milhão para pena não privativa de liberdade (Conselho Nacional de Justiça, 2022, p. 227, fig. 159). A tutela de direitos humanos apresenta 24.659 casos novos no ordenamento brasileiros em 2021, dos quais 24.628 demandam garantias

constitucionais e 55 regem sobre o sistema prisional (Conselho Nacional de Justiça, 2022, p. 301-302, fig. 241 e 243).

É nesse contexto que percebemos que, mesmo com a prática das determinações da decisão, o Brasil ainda falha em seu sistema penitenciário. Na grande dimensão dos problemas enfrentados, o reconhecimento da inconstitucionalidade do estado de coisas não ocasionou alteração significativa à vida dos encarcerados. A situação desumana do sistema penitenciário ainda persiste.

O STF falhou, repetindo a experiência colombiana, porque não atuou com seriedade na fase de implementação das políticas públicas carcerárias. “A ausência de modificação do *modus operandi* do Estado é considerado como elemento central [...] para a superação ou minimização das ilegalidades” (Castro; Wermuth, 2021, p. 135), o que não ocorreu após a decisão. Um dos motivos dos motivos da ineficácia nas decisões deve-se à expedição de ordens detalhadas pois as cortes constitucionais, ao atuarem desta maneira, são acusadas de estarem usurpando as funções competidas aos demais Poderes, inviabilizando a cooperação e o diálogo entre a esfera estatal e civil (Gravita; Franco, 2010, *apud* Castro; Wermuth, 2021, p. 69)

A falta de diálogo entre os Poderes, as unidades federativas e os órgãos estatais fez com que as falhas do sistema penitenciário não fossem resolvidas. No final, o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional serviu apenas como uma nova forma oca de ativismo, não alcançando concretude material.

4. A COOPERAÇÃO COMUNITÁRIA DA UNIÃO EUROPEIA O PROCESSO DE COMUNITARIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA EM ASSUNTOS PENAIIS

Em razão desse panorama, a doutrina elena o sucesso obtido pela *Sentencia T-025* de 2004, que, transcendendo a sentença, alcançou a concretude pelo eficiente monitoramento. O grande diferencial deste caso é que a Corte Constitucional da Colômbia reteve a jurisdição, mesmo com o trânsito em julgado, objetivando a implementação de seus ordens. A atuação do tribunal não ficou restrita a função judicial, apenas no julgamento, mas empregou uma função posterior de supervisão. Esta ocorreu através da realização de audiências públicas com participação de variados agentes públicos e civis tanto da esfera nacional quanto internacional, oferecendo ao tribunal as informações sobre a superação ou não do estado inconstitucional (Castro; Wermuth, 2021, p. 69).

A cooperação multinível é um dos instrumentos mais importantes para a eficiência de instrumentos, como o Estado de Coisa Inconstitucional. Traduzido nos esforços de

comunicação entre diferentes atores, passou a desempenhar um papel essencial, na medida em que atenuou as restrições naturalmente impostas pelas jurídicas. Entretanto, tais sistemas são criados, naturalmente, no âmbito internacional porque validam os esforços para aportar respostas mais confiáveis e ordenadas para problemas políticos e sociais que vão além da capacidade dos Estados em agir individualmente.

Em oposto, podemos também encontrar sistemas de cooperação interna, como no Brasil, que dispõem do compartilhamento de informações, o planejamento operacional e a tomada de decisão entre órgãos do sistema de segurança pública, compreendidas não somente nos níveis federais, como também no estadual.

Especificamente às redes de cooperação internacional, estas contribuem para atenuar os reflexos do caráter multidimensional, os quais são atribuídos a duas distintas visões: a dispersão da autoridade das jurisdições (internacional, nacional, regional, local) a um número limitado de níveis, cujos membros não interagem e concentram múltiplas funções; e o caráter cada mais especializado das jurisdições, cujo número e escalas em que operam são variáveis (Bechara; Carneiro; Diogo, 2022, p. 110).

A aplicação dessas ações de colaboração a outro país emerge como um compromisso legalmente acordado a nível internacional, além de funcionar como um meio de salvaguardar a soberania do Estado requerente. Isso proporciona defesa contra interferências externas e ameaças transnacionais, assegurando também a implementação das suas próprias normas e a exercício do seu poder (Bechara; Carneiro; Diogo, 2022, p. 112).

É justamente nesse cenário que as redes de colaboração global foram concebidas e fomentadas por tratados multilaterais, tanto em âmbitos regionais quanto universais. Exemplos incluem as Convenções das Nações Unidas contra a corrupção e o crime organizado transnacional, os acordos dentro da Organização dos Estados Americanos, no Mercosul, na União Europeia, e em outras instâncias.

Numa região de integração como a presente no Mercosul, onde a movimentação de pessoas, serviços, capitais e mercadorias é intensa, emerge naturalmente uma necessidade aumentada de unificar informações para enfrentar crimes transfronteiriços que têm propensão a alargar-se devido à facilidade das suas trocas. Perante esta realidade, os mecanismos multilaterais de cooperação tendem a adquirir maior relevo em comparação com os métodos bilaterais e regionais, em detrimento dos mecanismos globais. Estas afirmações aplicam-se igualmente - ou talvez até de forma mais acentuada - à União Europeia devido ao seu processo de integração avançado. Assim, é possível traçar um paralelo entre os fenômenos de cooperação que se têm desenvolvido no bloco europeu e no bloco do Mercosul (Borges, 2010, p. 5).

A cooperação penal europeia está intrinsicamente ligada ao próprio projeto de integração comunitário europeu. Apesar de esforços iniciais com a Convenção Europeia de Extradição de 1957, a assinatura do Acordo de Schengen em 1985 e a criação da livre circulação de pessoas e mercadorias trouxe como consequência a necessidade de maior cooperação e em assuntos penais entre os Estados-Membros. A abertura das fronteiras para a livre circulação de pessoas, como resultado do Acordo de Schengen, e a consolidação de um mercado único realçaram a urgência de desenvolver formas de cooperação que ultrapassem as abordagens tradicionais, motivando os instrumentos legais de integração subsequentes e a questão da cooperação no campo penal.

O Tratado de Maastricht de 1992, o acordo de implantação da União Europeia, estabeleceu o chamado “templo grego europeu”, nada mais do que os pilares de atuação da organização recém criada, tendo como base: as Comunidades Europeias (primeiro pilar), a Política Externa e de Segurança Comum, conhecida como PESC (segundo pilar) e a cooperação nos âmbitos de justiça e assuntos internos, conhecida como CAJAI (terceiro pilar).

A União Europeia dispunha de poucos instrumentos então para exercer sua competência em matéria de cooperação penal, os quais destinavam-se a criar um a base comum para a proteção penal de determinadas matérias através de posições comuns, ações comuns e convenções. Apesar de dispor desses instrumentos para implementar um a política de cooperação penal, o Tratado de Maastricht não alcançou o sucesso desejado devido: a ausência de objetivos claros; a carência de um plano político estruturado; a incapacidade dos mecanismos institucionais e jurídicos pela excessiva burocracia; o escasso poder conferido ao Parlamento Europeu; e a falta de controle jurisdicional (Sousa, 2001, *apud* Borges, 2010, p. 8).

Em posterior, tais erros sofreriam significativa alteração com o Tratado de Amsterdã e a consolidação da ideia de um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça. Assim:

[...] com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, a antiga cooperação nos âmbitos de justiça e assuntos internos passou a denominar-se cooperação policial e judicial e em matéria penal. Parte dos assuntos antes tratados pela CAJAI - questões cíveis e de asilo e imigração - foram comunitarizadas,²² restando ao Tratado da União Europeia tratar tão somente da cooperação em matéria penal. [...] (BORGES, 2010, p. 9).

[...] foram introduzidos novos instrumentos jurídicos de atuação da UE. Ao Conselho foi permitido celebrar acordos internacionais na área de cooperação penal. Desapareceram as ações comuns, dando lugar às decisões e decisões-quadro, de forma que a UE passava a contar com: posições comuns, decisões, decisões-quadro e convenções. As decisões-quadro visavam aproximar disposições legislativas, mas não possuíam efeito direto, apesar de vincularem os Estados-Membro quanto ao resultado. (BORGES, 2010, p. 9).

A principal inovação introduzida por Amesterdão é o conceito de integração diferenciada. Desde o início do processo de integração, que se julgou a União Europeia como um comboio militar, onde o último veículo determinava a velocidade de todo o comboio. Contudo, rapidamente se percebeu que com a entrada dos países do bloco de Leste esta ideologia falharia e a Europa seria condenada a uma “velocidade” incapaz de competir com os seus concorrentes internacionais. Assim, passou-se a permitir a União Europeia se desenvolvesse de forma diferenciada, através dos mecanismos da cooperação reforçada, regime jurídico pelo qual Estados-membro estabelecem entre si regimes diferenciados de aprofundamento distintos do regime regra.

Desta forma, conforme o art. 20 do Tratado da União Europeia (TUE), os Estados-Membros que desejem instituir entre si uma cooperação reforçada no âmbito das competências não exclusivas da União podem recorrer às suas instituições e exercer essa possibilidade desde que, além da participação de pelo menos nove Estados-Membros, haja objetivos determinados para a cooperação em causa que não possam ser atingidos num prazo razoável pela atuação da própria União no seu conjunto, além da participação de, pelo menos, nove Estados-Membros na cooperação.

O próximo passo da integração foi o Tratado de Nice. A estrutura anterior dos três pilares passou por mudanças significativas. A organização sistemática das matérias de atuação foi alterada com o Tratado de Lisboa, que modificou tanto o Tratado da União Europeia quanto o Tratado da Comunidade Europeia. Essa alteração também levou a renomear o último como Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Isso resultou na redução de três comunidades europeias originais (Comunidade Económica Europeia, Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e Comunidade Europeia de Energia Atômica) para apenas duas entidades de integração: a União Europeia, cujo funcionamento é regulado pelo Tratado da União Europeia e pelo TFUE, e a Euratom, que é regida pelo Tratado que estabelece a Comunidade Europeia de Energia Atômica.

A cooperação penal – assim como a PESC – deixa de ter um tratamento isolado e especial no TUE e passa ser disciplinada juntamente com as demais matérias de competência da União Europeia. Deu-se, então, o reforço da dimensão europeia da PESC, delimitando as responsabilidades no interior da estrutura institucional da União Europeia, assumindo o Conselho – junto com o Parlamento, é o principal órgão de decisão, sendo a “câmara alta” do bloco – um papel de maior centralidade do que aos interesses nacionais de cada Estado-Membro (GORJÃO, 2021, p. 70-71).

Com o Tratado de Lisboa a tipologia dos atos normativos aptos a disciplinar a cooperação penal, foi completamente alterada. A unificação dos temas no Tratado de Funcionamento da União Europeia fez com que os atos normativos utilizados pela União para dispor sobre o tema passassem a ser os mesmos atos atinentes às outras matérias. As posições comuns, decisões, decisões-quadro e convenções foram substituídas pelos mecanismos comunitários tradicionais que, conforme o art. 288 do Tratado de Funcionamento da União Europeia: regulamentos (tem carácter geral, obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros), diretivas (vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios), decisões (obrigatória em todos os seus elementos, porém, quando designa destinatários, só é obrigatória para estes), recomendações e pareceres – ambos não são vinculativos (Borges, 2010, p. 14).

As medidas relacionadas à cooperação penal passam a seguir o processo ordinário, conforme delineado no art. 294 do TFUE. Essa alteração representa uma das transformações mais significativas em relação à cooperação penal, provocando considerável debate. Antes do Tratado de Lisboa, as decisões do Conselho sobre esse assunto dependiam de consenso unânime. Com as mudanças implementadas, essa tomada de decisão também passa a envolver o Parlamento – o fortalecimento do Parlamento Europeu responde à demanda por um a maior representatividade dos interesses dos cidadãos no processo de integração –, embora não exija unanimidade para a aprovação das medidas, mas sim uma maioria, conseqüentemente, tornou-se possível que uma norma passasse a ser aplicada aos cidadãos de um país, sem que seus representantes tivessem votado a favor.

O Tratado de Lisboa ainda ressaltou os objetivos da cooperação penal. Em seu art. 3º, enunciou entre seus objetivos garantir um espaço de liberdade, segurança e justiça em conjugação com medidas adequadas de prevenção da criminalidade. O Tratado de Funcionamento da União Europeia prevê três modalidades específicas de medidas para garantir um elevado nível de segurança: coordenação e cooperação (sendo que elas se subdividem em policial e judiciária, os quais são titularizado pela Promotoria Europeia e Agência Europeia para a Cooperação Judiciária Penal – objetiva a coordenação, entre as autoridades competentes do Estados-Membros, das investigações e procedimentos penais, melhorando a cooperação entre as autoridades competentes), reconhecimento mútuo de decisões judiciais e aproximação legislativa (Borges, 2010, p. 16-27).

Ao longo da evolução da missão integradora europeia, algumas instituições, como o Parlamento Europeu, foram fortalecidas com o alargamento de suas competências e meios de

atuação. O Tribunal de Justiça da União Europeia, garantidor do respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados, atua na função judicial do bloco europeu, constituindo a autoridade judicial suprema da União Europeia. Assim, em cooperação com os tribunais dos Estados-Membros, garante a aplicação e a interpretação uniforme do direito da União Europeia.

Apesar de submetido ao princípio da atribuição, o Tribunal de Justiça da União Europeia intervém a diversos títulos e sob variadas atuações, exercendo, essencialmente, a tutela de competência: civil-administrativa (competência exercida, por exemplo, no âmbito da responsabilidade contratual e extracontratual da União, prevista no art. 268 do TFUE e desenvolvida no art. 340 do TFUE); internacional (incidindo sobre o cumprimento por parte dos Estados-membro das obrigações resultantes dos Tratados, nomeadamente através do instituto da ação por incumprimento, regulada no art. 258 do TFUE); administrativa (fiscalizando todos os atos das restantes instituições, ao abrigo do art. 263 do TFUE); e constitucional (invocando-se, novamente, a função administrativa, onde o Tribunal verifica a conformação dos atos das instituições aos Tratados fazendo, complementarmente, sua interpretação – art. 267 do TFUE – e, até, proferindo decisões relativas às medidas restritivas contra pessoas singulares e coletivas – art. 275 e 276 do TFUE).

Dos instrumentos de maior relevância do Tribunal de Justiça da União Europeia, percebemos o reenvio prejudicial, disposto no art. 267 do TFUE, e a da ação por incumprimento, regulada no art. 258 do TFUE.

A União Europeia define seus valores fundamentais ao longo do art. 2º do Tratado da União Europeia. O Estado de Direito emergiu como um conceito proeminente tanto nos âmbitos políticos quanto acadêmicos, destacando-se como um princípio fundamental destinado a sujeitar todos os membros da comunidade às suas normas e definições (ROCHA, 2020, p.19).

O reenvio prejudicial é, quanto ao âmbito, uma forma de cooperação e diálogo entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais. Nos casos em que um tribunal nacional encontra uma questão relacionada à interpretação ou validade das normas comunitárias, o tribunal deve buscar a opinião do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o assunto (ENES, 2017, p. 581). Este mecanismo obedece, contudo, a alguns requisitos: em primeiro lugar, para que haja reenvio tem de se estar perante um processo litigioso pendente junto de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro; e em segundo lugar, quanto ao seu objeto, que a questões apreciada seja de interpretação e de apreciação da validade das normas de direito comunitários.

Além do reenvio prejudicial, a tutela desses valores fundamentais também está presente no art. 7º do TUE com a ação por incumprimento. Essa disposição entra em atuação quando um Estado-Membro não cumpre os valores garantidos no art. 2º do TFUE. Aplicando-

se quando há um risco claro e persistente de violação, conforme o art. 259 do TFUE, na fase inicial, quando há apenas um risco de violação, é iniciado um processo de acompanhamento com o Estado-Membro. No entanto, caso haja a violação concreta, havendo ação declarativa do Tribunal de Justiça, verificando que o Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, ações serão tomadas contra o Estado infrator. Isso pode incluir ações como suspender o direito de voto no Conselho. Se depois da ação declarativa do Tribunal de Justiça o Estado incumpridor não adotar as medidas adequadas à execução da decisão, pode, por iniciativa da Comissão Europeia iniciar-se um novo processo previsto no art. 260 do TFUE.

Esta segunda ação pode resultar já numa sanção pecuniária, fixa ou compulsória, cuja aplicação e determinação do valor depende do Tribunal, embora a proposta seja da Comissão à luz do princípio da proporcionalidade. A sanção pecuniária compulsória traduz-se num valor progressivo a aplicar ao Estado por cada dia de incumprimento e tem como objetivo que o Estado ponha o mais rapidamente possível término à desconformidade.

Desta forma, os instrumentos dispostos para o Tribunal da União Europeia demonstram, não apenas reflexo do movimento de abrangimento de suas competências ao longo da evolução da União Europeia, mas também da criação de um arcabouço jurídico cada vez mais integrado com instrumento capazes de federalizar ou constitucionalizar a ordem jurídica comunitária através do diálogo e cooperação entre agentes nacionais e da União Europeia.

5. CONCLUSÃO

As dificuldades da pena privativa de liberdade, somada a carência material nos sistemas penitenciários, originaram condições impróprias para o sucesso da missão de reintegrar os detentos à sociedade. Não bastando o fracasso da prisão, essas mesmas condições, diariamente, descumprem os mais básicos dos direitos humanos dispostos nos tratados e convenções internacionais, como também apresentam um afronta a aqueles garantidos e defendidos nas constituições do Estado Democrático de Direito.

Apesar da situação desastrosa, o caos possibilitou que novos instrumentos de proteção e tutela dos direitos fundamentais fossem criados, os quais, titularizados por cortes constitucionais que ultrapassam suas responsabilidades de tradicionais legisladores negativos para novos agentes de cumprimento das promessas positivas constitucionais, cada vez mais questionam ideais consagradas, como a separação de poderes, na tentativa de efetivar os direitos violados. O Estado de Coisa Constitucional é um deles.

De fato, embora sua progressão até agora seja de resultados duvidosos, o instrumento trouxe o debate sobre a necessidade de uma maior cooperação e diálogo entre diferentes atores em variados níveis. Na grande dimensão dos problemas enfrentados, como a situação desumana do sistema penitenciário brasileiro, a solução apenas será encontrada com ações conjuntas abraçadas tanto institucionalmente quanto socialmente.

Em oposto, resultado não da necessidade da cooperação penal, mas sim de um projeto econômico e de paz em uma Europa destruída pela guerra, hoje, a União Europeia apresenta um aperfeiçoado sistema de cooperação judiciária, uma demanda oriunda da harmonização dos ordenamentos dos Estados-Membros frente ao avanço das normas comunitárias.

Dialogando com a caminhada da integração, as matérias penais foram com o tempo comunitarizadas e lapidadas para uma realidade de cooperação entre diferentes Estados-Membros e a União Europeia, dispendo de modalidades de medidas para garantir um nível de segurança comum.

A União Europeia, enquanto comunidade de direito, teve de encontrar meios de garantia judicial do seu ordenamento ao longo da sua evolução. No quadro europeu, coube ao Tribunal de Justiça, pela competência contenciosa que lhe é atribuída, que tornasse não apenas a corte suprema do bloco, responsável pela interpretação dos tratados, mas também o guardião dos direitos e valores comuns. A Corte é filho consequencial de processo de definição através do diálogo entre âmbito nacional e comunitário.

Tais instrumentos, ainda que atualmente importantes, tomarão frente na defesa do Estado de Direito europeu e de suas garantias. O ressurgimento de ideologias autoritárias, exemplificado por casos como a Hungria e o crescimento de partidos autoritários na França e na Itália, mais uma vez, ameaçam o projeto integracionista do continente.

De qualquer forma, as dificuldades enfrentadas para a efetivação dos direitos ao redor do globo mostram que suas origens são interligadas. Suas soluções, de modo igual, precisam de efeitos que atinjam diversas áreas que só podem ter êxito, *pasmem*, com a atuação conjunta e cooperativa.

6. REFERÊNCIAS

BECHARA, Fabio R.; CARNEIRO, Leandro P.; DIOGO, Georgia R. S (coord.). **Atlas do Sistema de Justiça Criminal do Mercosul**. São Paulo: Almedina, 2022.

BORGES; Talitha V. Cooperação Penal na União Europeia. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 105, p. 1157-1196, jan./dez. 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67929>. Acesso em: 14 de ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional** – Período de 2015 a 2023. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/dados-estatisticos/>. Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portal de Transparência do Fundo Penitenciário Nacional** – Período de 2015 a 2022. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2022. Disponível em: <https://portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907-fundo-penitenciario-nacional>. Acesso em: 13 de agosto de 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional** – Período de jul./dez. de 2023. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Painel Interativo de Repasses do Fundo Penitenciário Nacional** – Período de 2023. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/funpen>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Orientações para a utilização dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/funpen>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.

CASTRO, André Giovane de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Estado de Coisas Inconstitucional**. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. **SU-559/97**. 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 05 ago. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. **T-025/04**. 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-025-14.htm>. Acesso em: 05 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2022.

ENES, Graça. A europeização dos direitos nacionais dos estados membros. O papel dos tribunais nacionais. 2017, p. 567-586. In: COUTINHO, Juliana Manuela et al. (Org.). **Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP**. Porto: Almedina, 2017, 567-586.

GORJÃO, Miguel Henriques. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

LOPES, Rafaella Marineli. Estado de Coisas Inconstitucional: a judicialização em busca da efetivação dos direitos fundamentais no cárcere. 1ª Ed. Ribeirão Preto: [s.n.], 2019. *E-book*.

ROCHA, Tiago Felipe Morais. **A era digital e o estado de direito democrático na União Europeia**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrando em Direito) Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2020.

TOMITA, Débora Gonçalves; ARRIGONI, Mariana de Mello. **O fracasso da prisão: ADPF n. 347 e a teoria dos diálogos institucionais**. In: XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI Goiânia, n. 28, 2019, p. 64-82. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/mi05dpxn/mpsH3enoZT5G2u7G.pdf>. Acesso em: 09 de ago. de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**, 7 de jun. de 2016 Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b49701aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 14 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre Funcionamento da União Europeia**, 7 de jun. de 2016 Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b49701aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 14 ago. 2023.

REIS, Alexandre C. A.; GONÇALVES, Victor E. R. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

VIANA, Lauro H. F.; BORGES, Guilherme C. Estado de Coisa Inconstitucional e sua relação com a democracia brasileira. **Revista Perquirere**, Patos de Minas, v. 15, n. 2, p. 1-19, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://revistas.unipam.edu.br/index.php/perquirere/article/view/3293>. Acesso em: 05 de ago. 2023.

VIERA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/9674>. Acesso em: 05 de ago. 2023.