

**A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELAS CORTES
CONSTITUCIONAIS DA COLÔMBIA E DO BRASIL: MICRO COMPARAÇÃO DO
CONTROLE DE OMISSÕES DO PODER ESTATAL NA PERSPECTIVA DOS
DIREITOS HUMANOS**

**THE THEORY OF THE UNCONSTITUTIONAL THING STATE BY THE
CONSTITUTIONAL COURTS OF COLOMBIA AND BRAZIL: MICRO-
COMPARISON OF STATE POWER OMISSION CONTROL FROM A HUMAN
RIGHTS PERSPECTIVE**

Cícera Daniele da Silva Ferreira¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional frente às violações massivas e generalizadas dos direitos fundamentais das pessoas que cumprem pena privativa de liberdade nas penitenciárias brasileiras e colombianas. Tal tese, oriunda da Corte Constitucional Colombiana, foi importada para o Brasil por meio da ADPF 347, determinando assim a adoção de remédios estruturais destinados a superar o quadro de inconstitucionalidades existentes. Assim, por meio de pesquisa acadêmica e jurisprudencial, busca-se identificar a real efetivação de direitos e garantias das pessoas encarceradas em face da constatação judicial da mencionada Teoria.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Coisas Inconstitucional. Penitenciárias. Efetivação de direitos.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the application of the unconstitutional State of Things thesis in face of massive and widespread violations of the fundamental rights of persons serving a deprivation of liberty in Brazilian and Colombian prisons. This thesis, coming from the Colombian Constitutional Court, was imported to Brazil through ADPF 347, thus determining the adoption of structural remedies to overcome the existing unconstitutionality. Thus, through academic and jurisprudential research, we seek to identify the real realization of rights and guarantees of incarcerated people in the face of the finding of the mentioned Theory.

KEYWORDS: Unconstitutional State of Things. Penitentiaries. Realization of rights.

¹ Estudante de Direito pela Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). E-mail: dany_ferreira_13@hotmail.com

INTRODUÇÃO

É perceptível que o Poder Judiciário tem ganhado cada vez mais posição como um meio assegurador da efetividade dos direitos fundamentais, quando esta é prejudicada devido ao não cumprimento da Constituição por parte dos órgãos estatais. Esse não cumprimento, seja por ação ou omissão, faz com que o Poder Judiciário imponha às autoridades responsáveis, as medidas necessárias a serem tomadas para superar tal violação de direitos.

Nos dizeres de Sarlet (2012), a maioria dos Estados aderiram pelo menos a algum dos principais pactos internacionais sobre direitos humanos ou, no mínimo, reconheceu um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições. É correto afirmar que, no constitucionalismo contemporâneo, os textos constitucionais são atrelados à proteção e promoção dos direitos fundamentais, além de ter como cerne o princípio da dignidade da pessoa humana.

Importa salientar que, textos constitucionais progressistas, mas sem realização na prática, tem sido um real problema dos países em desenvolvimento, como a Colômbia e o Brasil. Convém destacar o pensamento de Giorgi; Vasconcelos (2018), no sentido de evidenciar o porquê do instituto da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ter ganho forças tanto no meio colombiano, quanto brasileiro, onde se afirma que “o protagonismo judicial ou o ativismo judicial justificou seu próprio surgimento no constitucionalismo latino americano como resposta àquilo que qualificou como ineficácia da ação política”.

Visando reverter a situação de inconstitucionalidade configurada nas prisões brasileiras que o STF tem se pronunciado através de determinações dirigidas para efetivação de direitos vilipendiados. Uma das principais medidas, e a responsável pela introdução do tema de nossa pesquisa no cenário brasileiro, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, de caráter liminar, e que indica medidas a serem adotadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por essa teoria, há uma demanda judicial cujo objeto da ação judicial remete ao Judiciário o reconhecimento de violação massiva e constante aos direitos fundamentais, constatada, inclusive, como uma falha estrutural, impossível de ser sanada através da tutela individual dos lesados. O fundamento da demanda é a atuação omissiva de autoridades do Poder Público que tinha como dever constitucional, obrigações a cumprir para que os direitos fundamentais fossem viabilizados.

Nesse contexto, cumpre, ainda, esclarecer que o presente trabalho é resultado da fase de pesquisa bibliográfica do projeto de pesquisa “*A teoria do estado de coisas*”

inconstitucional: Estudo Micro comparativo do Controle de Omissões do Poder Estatal pelas Cortes Constitucionais da Colômbia e do Brasil”, o qual obteve financiamento pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC, em sua edição 2017 - 2018, mantido pela FAPEAL/CNPq (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas/ Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico).

No decorrer de nossa pesquisa, tornou-se necessário uma análise dos discursos midiáticos referentes ao tema e a consequente influência que estes possuem, tendo em vista que a mídia tem sido uma reprodutora não dos direitos humanos fundamentais da constituição cidadã e sim, do senso comum que, ante as inseguranças das ruas, produz e reproduz discursos punitivistas. Observar-se-á também as mudanças propostas para a real efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos presos.

O estudo, remete-se ao método comparativo, no que se chama de micro comparação, a fim de que seja analisada a aplicação do referido instituto pela Corte Colombiana e sua importação pelo Supremo Tribunal Federal. Com essa comparação, serão analisadas as decisões que trazem como pano de fundo as violações aos direitos dos respectivos países, em sede de população carcerária e das políticas adotadas. Bem como, face as omissões estatais de deveres constitucionais em cada um dos países coligidos, com vistas a se fazer a síntese comparativa.

Destacaremos as mudanças trazidas por essa declaração na Colômbia e se houve concretização das medidas impostas, modificando assim o problema social constatado nas prisões. Neste sentido, apesar da jurisprudência colombiana ter declarado um estado de coisa inconstitucional em situações diversas, nossa pesquisa será voltada ao sistema prisional. Observa-se antecipadamente que as respectivas cortes deram tratamentos diferenciados nos seus comandos decisórios, tendo como consequência resultados parciais que não absorveram efetividade em suas soluções de continuidade.

1 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (CCC) E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pressupõe uma espécie de Ativismo Judicial Estrutural, o que tem sido defendida para efetivação das políticas públicas omitidas. Sarmento (2015) nos diz que a mais nobre missão de um Tribunal Constitucional é a defesa dos direitos fundamentais das minorias impopulares. É nesta atividade, acima de tudo,

que se justifica a sua atuação contramajoritária. Convém evidenciar a concepção de Campos (2015, p. 105):

A Corte pode, por meio de medidas estruturais, superar os bloqueios políticos e institucionais que servem para agravar a violação massiva e repetida dos direitos fundamentais dos presos. A Corte também pode mudar a opinião pública sobre o tema, despertar a atenção da sociedade sobre o quadro, colocando o problema na agenda política brasileira. Evitando a supremacia judicial, o Tribunal, em vez de ordens detalhadas, deve estabelecer ordens flexíveis, fixando parâmetros e objetivos a serem alcançados, deixando aos órgãos do Executivo e do Legislativo a definição de meios e minúcias das medidas.

A tese do estado de coisas inconstitucional, que é a premissa deste artigo, foi aplicada de forma recorrente pela Corte Constitucional Colombiana, e os fatores utilizados para caracterizá-la estão descritos no Auto 552-A/15, que, consoante Barros (2016, p. 67), incluem uma vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam a um número significativo de pessoas; a prolongada omissão das autoridades para o cumprimento de suas obrigações legais na garantia dos direitos; a adoção de práticas inconstitucionais; a não edição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias capazes de evitar a vulneração dos direitos; a existência de um problema social cuja solução exija a atuação de várias entidades e a possibilidade de caos judicial se todos os interessados buscassem a tutela jurisdicional.

A Corte Colombiana tem se destacado por possuir um papel mais ativista, e foi ela quem declarou pela primeira vez a vigência de um estado de coisas inconstitucional (ECI), por meio da Sentencia de Unificación SU. 559/97:

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

..... DECISIÓN

Primero. - DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.” (COLÔMBIA, 1997)

Na ação em questão, aproximadamente quarenta e cinco demandas judiciais foram ingressadas por professores que tiveram seus direitos previdenciários violados pelas prefeituras dos municípios de Zambrano e Maira de La Baja, que tinham a obrigação de afiliá-

los ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais dos Magistérios. Segundo os requerentes, a não inscrição no fundo penitenciário violaria os direitos à vida, à saúde, à segurança nacional e ao trabalho.

Conforme foi constatado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), tal quadro de violação de direitos e garantias fundamentais recaía sob inúmeros professores, não somente aos que entraram com a ação. Assim, por meio de determinações que foram impostas pela Corte Constitucional, "tal decisão visou beneficiar todos aqueles que se encontravam em situações análogas, e não apenas aos que haviam postulado judicialmente o recebimento dos valores devidos" (MAYER; JÚNIOR, 2017, p. 166).

Após a Sentencia de Unificación SU. 559/97, a Corte Constitucional Colombiana continuou utilizando a tese do ECI em outras sentenças, porém, nossa atenção será voltada para a violação dos direitos humanos dos detentos que cumprem penas nos presídios da Colômbia. No tocante ao sistema carcerário, percebeu-se claramente que direitos fundamentais, tais como dignidade, integridade física, família, saúde, trabalho, presunção de inocência, foram desrespeitados.

Na apresentação da Sentencia T-596/92, feita pelo juiz Ciro Angarita Báron, foi reconhecido que os direitos fundamentais dos presos são limitados por causa da condição em que se encontram, mas que essa limitação deve ser tão mínima quanto possível, pois não se pode esquecer que eles também são sujeitos de direitos, conforme expõe o trecho abaixo:

Si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y suprotección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado suprotección. Del derecho pleno del interno a la vida, a la integridad física y a la salud se derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros." (COLÔMBIA, 1992)

Fica-se evidente que, desde 1992, com a Sentencia T-596, o Tribunal Constitucional já discutia a respeito das condições desumanas a que eram submetidas as pessoas que se encontravam privadas de liberdade na Colômbia. A situação carcerária só piorou ao longo do

tempo, até não haver outra alternativa a não ser declarar um 'estado de coisas inconstitucional', que foi feito por meio da Sentença T-153/98.

Esta ação foi proposta por Manuel José Duque Arcila, juntamente com outros demandantes, contra o Ministério da Justiça e o INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario), por estes violarem seus direitos humanos ao não tomar medidas para solucionar a situação de superlotação no qual se encontrava o centro penitenciário em que cumpria sua pena, colocando em grave risco a vida e a integridade dos detentos. Arcila afirma que recorreu a esta ação judicial para não ter que "continuar suportando a tortura a qual estava sendo submetido havia um ano e meio".

No processo T-153/98 foi reconhecido uma situação generalizada de violação de direitos fundamentais, situação esta que não se limitava somente às prisões das quais os pedidos se originaram, mas que se estendia a quase todos os presídios do país. Essa sentença demonstrou ainda que a superlotação, que em parte, era decorrência da falta de verificação do princípio de presunção de inocência, desvirtuava de maneira absoluta os fins do tratamento penitenciário.

Constatou-se que este quadro era inversamente oposto ao princípio ressocializador da pena, onde o Estado deveria oferecer meios para a reinserção dos reclusos ao meio social, respeitando e regulando condições, como o direito ao trabalho, à educação e ao ensino, ao serviço de saúde, à comunicação com o mundo exterior, à recepção de visitas, à assistência social e etc. Na decisão do processo, a Corte sentenciou:

Lascárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. (COLÔMBIA, 1998)

O ECI trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais, quando estes são violados. Como assevera CAMPOS (2016, p. 18), "a omissão estatal não viola, simplesmente, um enunciado normativo constitucional, e sim impede a atuação concreta da norma constitucional correspondente e do direito fundamental veiculado". O acórdão constatou à época, graves omissões por parte dos órgãos públicos, o que era manifestado pelas deficiências nos serviços públicos, a superlotação, a deficiência na infraestrutura e a falta de separação dos detentos por

categorias, e estas eram situações que feriam os direitos dos detentos de usufruírem minimamente uma vida digna.

2 SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E A IMPLEMENTAÇÃO DA ADPF 347

É importante destacar a questão da supremacia constitucional, que é uma característica das constituições rígidas. Ela determina que todos os atos dos órgãos do Poder Político estejam de acordo e vinculados aos fins da Constituição. É no sentido de garantir a supremacia da Constituição que o controle de constitucionalidade encontra sua importância, atuando como meio de assegurar a adequação da lei ou ato do poder público com a Constituição. Como salientado por Cappelletti, (1992, p. 129): “é, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser”.

Destarte, em maio de 2015, a teoria do ECI foi recepcionada pelo Brasil, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347. Como assevera (BARROSO, 2012, p.311-312), "a expressão preceito fundamental importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas traz consequências mais graves para o sistema jurídico como um todo."

A demanda é de autoria do Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, com base em estudo realizado pela Clínica UERJ Direitos, e pleiteou a adoção de providências com a finalidade de sanar as graves lesões a vários princípios fundamentais da Constituição. O referido partido político buscou demonstrar que a atual situação carcerária brasileira seria decorrente de ações e omissões por parte dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Insta salientar que a dignidade humana está elencada entre os princípios fundamentais dispostos no art. 1º, inciso III da CF/88, e visa assegurar a integridade física e moral do preso. Além de, que as pessoas privadas de liberdade no Brasil, têm previsão de garantia de seus direitos não somente nas legislações nacionais, como eles também são assegurados em algumas legislações internacionais. Apesar de tais positivamente, aduz Campos (2016):

A superlotação carcerária, as condições desumanas e cruéis das instalações prisionais, o tratamento estatal dispensado aos presos como verdadeiro “lixo humano”, aos quais é negada qualquer possibilidade de existência digna, produzem o que deve ser considerado o mais grave caso de violação a direitos humanos no Brasil contemporâneo. Apesar de existir legislação que assegura direitos básicos aos presos, essa não é observada, acabando por resultar, concretamente, em proteção deficiente. Por outro lado, nada é feito

para modificar esse quadro. Nos três níveis federativos, não há políticas públicas capazes de reduzir a violação massiva dos direitos fundamentais dos presos, nem mesmo vontade política para fazê-lo. Falhas estruturais tanto promovem como agravam a situação inconstitucional. (CAMPOS 2016, p. 22)

O PSOL demonstrou em sua narrativa, as precárias condições em que viviam os presidiários brasileiros, mostrando o abismo entre o prescrito na constituição e a realidade, que se mostrava como um cenário caótico, com várias violações. Destaca-se logo de início, um falho sistema penitenciário, que apresentava inúmeros problemas tais como, celas superlotadas, imundas, insalubres, local de proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos; bem como também práticas violentas de tortura e maus tratos entre internos e funcionários.

Na ADPF-347, foi sustentado que tal situação implica a violação de diversos preceitos fundamentais da Constituição de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça.

Ademais, existe a incompatibilidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país – Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta última já tinha se posicionado, em 2011:

Cuando las cárceles no reciben la atención o los recursos necesarios, su función se distorsiona, en vez de proporcionar protección, se convierten en escuelas de delincuencia y comportamiento antisocial, que propician la reincidencia en vez de la rehabilitación" (2011, p. 5)

A similaridade entre os problemas sociais no Brasil e na Colômbia, no tocante ao sistema penitenciário, criou um ambiente propício para o desenvolvimento da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Como averiguado mediante análise das sentenças da Corte Constitucional Colombiana, o ECI, tese que foi importada para o nosso país, impõe uma determinação, de natureza jurisdicional, para que os órgãos públicos responsáveis por políticas públicas, concretizem os direitos fundamentais de grupos específicos de cidadãos,

quando estes sofrem uma violação massiva e generalizada, causada pela falta de cumprimento dos preceitos constitucionais. Assim, por meio da declaração do ECI, o Poder Judiciário estabelece medidas de modo a superar essa situação de inconstitucionalidade.

3 INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NO TRATAMENTO DADO A POPULAÇÃO CARCERÁRIA

No plenário do STF, a discussão acerca da ineficiência do sistema carcerário brasileiro ocorreu em 2015, onde afirmava-se que a situação fática constatada era incompatível não somente com a nossa Constituição, como também com os pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário. A justificativa utilizada para a intervenção do direito neste âmbito, pressupõe a presença de falhas estruturais que não seriam possíveis de serem sanadas pela atuação da Política, apesar da competência funcional desta. Destaca Sarmento:

Não faltam normas jurídicas garantindo o respeito aos direitos humanos dos nossos presos. O que tem faltado ao Estado brasileiro, nos seus diversos poderes e instâncias federativas, é a mínima vontade política para transpor do papel para a realidade a promessa constitucional de garantia da dignidade humana do preso. É que os presos constituem um grupo particularmente impopular na sociedade brasileira, o que desestimula o sistema político e a burocracia estatal a “levarem a sério” os seus direitos. (2015, p. 3).

Segundo relatório do CNJ, a quantidade de encarcerados é consideravelmente superior às quase 376 mil vagas do sistema penitenciário, alcançando um déficit superior a 230.000 vagas. A taxa de ocupação média dos estabelecimentos é de 161%, a quinta maior entre os países que se apresentam com contingente prisional elevado.

A superlotação se deve em parte a posição que a prisão tem assumido em detrimento de outras medidas, mesmo após o advento da Lei n. 12.403/2011, cujo o objetivo foi tornar a prisão provisória uma exceção, indicando que o magistrado deve preferir a substituição por medidas cautelares ou a cumulação destas em relação à prisão preventiva, devendo esta ser excepcional, aplicando-se somente quando àquelas se mostrarem insuficientes. Importa destacar o pensamento de Carvalho (2009, p. 155), ao afirmar que os discursos punitivos de emergência, demandantes de maior repressão e restrição aos direitos fundamentais, são concebidos atualmente como obstáculos a imposição da pena privativa de liberdade. Convém destacar trecho disposto no relatório da ADPF 347:

O Poder Legislativo estaria, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na

sociedade. Faz referência à produção de “legislação simbólica”, expressão de populismo penal.

A falta de preocupação com as condições degradantes as quais estão submetidos os presos brasileiros são reflexos de um discurso punitivista, reproduzido inclusive pela mídia, onde percebesse que a sociedade acredita que o aprisionamento é a solução para criminalidade, além da insensibilidade no que diz respeito às pessoas que cumprem pena privativa de liberdade, como se estas de fato merecessem passar por toda as violações pertinentes ao ambiente caótico em que se encontra atualmente o sistema carcerário. Destaca Carvalho (2009, p.7):

Elaborado a partir da sensação permanente de insegurança, o discurso midiático dominante difunde o pânico e propõe como solução para o “problema da violência” o recrudescimento da legislação penal, ainda que para tanto seja necessário flexibilizar garantias e pulverizar direitos fundamentais historicamente conquistados.

Conforme dados do 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, os latrocínios saltaram de 1.530, em 2007, para 2.661 em 2016. Homicídios dolosos, que somavam 43.684 vítimas em 2010, hoje representam 53.933 mortes. Aconteceram 41.180 estupros no ano de 2010, enquanto no ano de 2016 foram registrados 49.497, além de outras 6.378 tentativas. Foram, ainda, 1.081.041 roubos notificados em 2010, contra 1.726.757 no ano de 2016.

À luz dessa realidade, o índice de criminalidade não tem diminuído, não obstante o clamor da mídia e da população por leis penais mais severas, e, consoante o Infopen 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, representando um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. Demonstra-se assim que não há relação entre uma possível diminuição da violência em razão do aprisionamento.

Observa Nilo Batista (2002, p. 115) que a lei é feita para que o medo da pena refreie a improbidade, e, sendo assim, é insensato responder ao ofensor com “penas” mais severas do que o dano sofrido. Porém, conforme foi argumentado no relatório da ADPF 347, as prisões são caracterizadas por celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, salientando assim ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.

Apesar da sociedade tender a esquecer dos que estão a cumprir as sanções penais, não havendo uma comoção por parte da mesma às condições degradantes a que os apenados estão submetidos, a dignidade da pessoa humana deve ser tida, nos dizeres de Sarlet (2010, p. 126), como “limite e tarefa do Estado”, devendo este último, detentor do *ius puniendi*, respeitá-la. Importa salientar trecho do Relatório de Gestão do CNJ:

A sanção infligida aos apenados ultrapassa os limites e o sentido da punição, de forma a tornar o Estado tão criminoso quanto aquele que confinou, na medida em que tolera esse quadro de violações sem intervir adequadamente para remediar essa realidade.

4 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA COLÔMBIA APÓS ATIVISMO JUDICIAL

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pressupõe uma espécie de Ativismo Judicial Estrutural, o que tem sido defendida para efetivação das políticas públicas omitidas. Sarmiento (2015, p. 21) nos diz que a mais nobre missão de um Tribunal Constitucional é a defesa dos direitos fundamentais das minorias impopulares. É nesta atividade, acima de tudo, que se justifica a sua atuação contramajoritária. Convém evidenciar a concepção de Campos (2015, p. 56):

A Corte pode, por meio de medidas estruturais, superar os bloqueios políticos e institucionais que servem para agravar a violação massiva e repetida dos direitos fundamentais dos presos. A Corte também pode mudar a opinião pública sobre o tema, despertar a atenção da sociedade sobre o quadro, colocando o problema na agenda política brasileira. Evitando a supremacia judicial, o Tribunal, em vez de ordens detalhadas, deve estabelecer ordens flexíveis, fixando parâmetros e objetivos a serem alcançados, deixando aos órgãos do Executivo e do Legislativo a definição de meios e minúcias das medidas.

Foucault (1999) afirma que a finalidade da prisão é corrigir o indivíduo e devolvê-lo à sociedade, porém, segundo exposto no acórdão supracitado, as prisões colombianas eram caracterizadas por superlotação, graves deficiências nos serviços públicos e de bem-estar, a regra de violência, extorsão e corrupção, impossibilitando assim oportunidades e meios para ressocialização dos presos. A Corte Constitucional Colombiana ordenou que governadores e prefeitos tomassem as necessárias medidas para criar e manter seus próprios centros de medidas de detenção; requereu ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país, dentre outras medidas.

No julgamento da T-388 em 2013, a própria política criminal se torna um fator chave para entender a situação das prisões no país. Afirmam Teixeira; Cichovski (2016, p. 195) que

novos fatores desencadearam o retorno da crise, tais como a superlotação a partir de 2010 e a observância de novas violações agora voltadas para grupos vulneráveis e minoritários. Nesta sentença afirmava-se que o estado em que se encontrava as prisões não era o mesmo de 1998, tendo este sido parcialmente superado, consoante observado:

En la sentencia T-153 de 1998, la Corte Constitucional constató un estado de cosas en las penitenciarías y cárceles del país, contrario al orden constitucional vigente. Esa situación, que se entendió superada medianamente en un momento, se ha vuelto a presentar nuevamente, por lo que la Corte ha recibido solicitudes para retomar la competencia sobre aquella sentencia y hacerla cumplir. (CO, 2013)

A Sentença T-762 de 2015 destacou a falta de coordenação da política criminal colombiana, evidenciando que é uma característica desta a tendência de endurecimento punitivo, onde afirmou-se que a superpopulação carcerária é uma consequência do uso excessivo de medidas privativas de liberdade. A política criminal foi definida pela CCC como um conjunto de respostas que um Estado adota para tratar da conduta criminosa. Nesse sentido, buscava-se combater o crime com base em diferentes estratégias e ações nos campos social, jurídico, econômico, cultural, administrativo e tecnológico, entre outros.

A priori, apesar das tentativas da Corte Constitucional de sanar o quadro de violações dos direitos dos presos, gostaríamos de estabelecer que a situação carcerária colombiana ainda é dramática, e que, conforme Comitê Internacional da Cruz Vermelha, há 115.792 pessoas privadas de liberdade, as taxas de superlotação excedem 365% em alguns centros de detenção, a qualidade da atenção primária e o acesso a serviços de saúde especializados são precários. Não há espaço para recreação e ressocialização, além de que a infraestrutura é obsoleta devido à falta de manutenção.

Convém destacarmos que, apesar da adoção do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) não ter obtido o sucesso esperado no combate aos problemas encontrados no sistema prisional colombiano, seu reconhecimento foi importante no sentido de dar visibilidade às violações apresentadas, além de que, consoante observa Campos (2015, p. 44), o instituto do ECI é capaz de servir ao propósito de solucionar litígios de caráter estrutural, desde que o Tribunal Constitucional esteja disposto a proferir ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória na fase de sua implementação. Como a CCC apontou corretamente, a crise da prisão vai além da superlotação. Portanto, sua solução deve ir além da construção de novas prisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao verificarmos a adoção da tese do “estado de coisas inconstitucional”, tanto pela Corte Constitucional Colombiana quanto pela Brasileira, e mediante a análise de dados fáticos, percebemos que, especialmente nestes países, há um controle social que se pauta no sistema penal, onde a prisão torna-se um pressuposto de solução para os problemas sociais, muito embora não haja qualquer respaldo estatístico que demonstre que esta afirmativa seja verdadeira.

O medo e a insegurança, ancorados pela mídia, têm legitimado o poder punitivo estatal. Em nossa pesquisa não olvidamos o papel que o discurso midiático tem exercido ao disseminar importância e necessidade no recrudescimento de leis penais e em medidas cada vez mais severas, com o intuito de sanar o problema de segurança pública. Neste sentido, é válido destacar o pensamento de Carvalho (2009, p. 157): Apesar de flexibilizar uma série de direitos e garantias constitucionais em prol da contenção da criminalidade, em concreto a legislação penal emergencial mostra-se ineficaz, fato que rotineiramente é encoberto.

A análise da jurisprudência constitucional colombiana no que diz respeito ao sistema carcerário demonstrou que há ainda uma persistente situação de violação de direitos dos presos que se encontram na Colômbia, além da falência de políticas públicas que deveriam ser capazes de garantir os direitos fundamentais intrínsecos a todos os seres humanos. Apesar dos esforços no enfretamento de violações dos direitos dos detentos, nem o Estado nem a Corte Constitucional conseguiram erradicar o problema.

Não obstante, constatamos uma necessidade crescente do emprego de medidas alternativas à prisão, como é exigido por normas internacionais de direitos humanos e pela própria legislação nacional, pois os problemas estruturais constatados ao longo dos anos não são passíveis de fim somente com a criação de novas prisões, que por si só não resolvem o problema da criminalidade e nem promovem uma efetiva solução aos danos causados a integridade física e moral dos presos. É preciso que seja dada eficiência e atenção às políticas sociais mais úteis na prevenção ao crime.

Conforme nossa pesquisa, acreditamos que a tese do ECI seja capaz de auxiliar nas violações presentes nas prisões, mas desde que órgãos públicos cumpram efetivamente as medidas ordenadas pela corte, e contanto que haja um diálogo entre aqueles, não somente ordens unilaterais caracterizadas por uma supremacia judicial. Apesar disto não ter ocorrido na sentença T-153/98, no nosso país o STF buscou priorizar os diálogos institucionais, o que

também ocorreu em decisão posterior na CCC, a sentença T-025 de 2004, conforme Campos (2015, p. 61):

As ordens foram flexíveis e dirigidas a um número elevado de autoridades públicas e, dessa vez, surtiram bons efeitos práticos porque a corte dialogou com os outros poderes e a sociedade sobre a adequação das medidas durante a fase de implementação. A manutenção da jurisdição sobre o caso fez toda a diferença, comparado ao caso do sistema carcerário.

A crise da prisão vai além da superlotação. Portanto, sua solução deve ir além da construção de novas prisões, buscando assim a adoção de medidas estruturais voltadas à formulação e execução de políticas públicas específicas para o sistema penitenciário, impedindo assim que se agrave a problemática carcerária que tem se tornado cada vez mais uma situação comum.

REFERÊNCIAS

BARROS, Allan Luiz Oliveira. Estado de Coisas Inconstitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. **Jus.com.br**, 03 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47078/estado-de-coisasinconstitucional-e-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 06 fev. 2018

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao "estado de coisas inconstitucional"**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Raphael Boldt De. **Mídia, legislação penal emergencial e direitos fundamentais**: Tese (Mestrado). Faculdade de Direito de Vitória, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de gestão, a supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c8>. Acesso em: 12 ago. 2018.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Cárceles en Colombia: una situación insostenible. **CICR**, 21 de março de 2018. Disponível em:

<https://www.icrc.org/es/document/carceles-en-colombia-una-situacion-insostenible>. Acesso em: 08 ago. 2018

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: A história da violência nas prisões. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999

FORÚM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 11º anuário brasileiro de segurança pública. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/anuario_11_2017.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

GIORGI, Raffaele Di; VASCONCELOS, Diego De Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jan./mar. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662018000100480&script=sci_arttext. Acesso em: 25 jul.

MAYER, Willian Da Silva; MORAES JUNIOR, Martim Cabeleira De. O Estado de coisas inconstitucional colombiano frente à constituição brasileira. **Revista Científica do curso de direito**, Osório, v. 7, n. 1, fev. 2018.

SARMENTO, Daniel. As masmorras medievais e o Supremo. **JOTA**, p. 1-6, jan./abr. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015. Acesso em: 13 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEIXEIRA, Eliana Maria De Souza Franco; CICHOVSKI, PatriciaKristianaBlagitz. Estudo comparado das decisões da corte constitucional colombiana e do supremo tribunal federal na adpf nº 347/df. **COMPEDI**, Florianópolis, p. 193-211, jun. 2016.