



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUA CONSECUÇÃO NO
BRASIL: A PROBLEMÁTICA DA VIABILIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM UMA CONSTITUIÇÃO MERAMENTE ILUSTRATIVA

Gabriela Soares Cavalcanti

Rio de Janeiro
2017

GABRIELA SOARES CAVALCANTI

O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUA CONSECUÇÃO NO
BRASIL: A PROBLEMÁTICA DA VIABILIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM UMA CONSTITUIÇÃO MERAMENTE ILUSTRATIVA

Projeto de pesquisa apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação Lato Sensu da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner

Prof^º. Nelson Tavares

Prof^º. Rafael Iório

Prof^º. Mônica Areal

Rio de Janeiro

2017

O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUA CONSECUÇÃO NO BRASIL: A PROBLEMÁTICA DA VIABILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UMA CONSTITUIÇÃO MERAMENTE ILUSTRATIVA

Gabriela Soares Cavalcanti

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: o constitucionalismo latino - americano consiste em um movimento por meio do qual a força se encontra na efetivação dos direitos fundamentais. A constituição brasileira de 1988 elenca diversos direitos fundamentais, em especial no artigo 5º, o problema reside na implementação desses direitos de forma efetiva e válida para a sociedade, o que a torna uma constituição meramente ilustrativa. A essência do trabalho é demonstrar a consecução do constitucionalismo latino americano no direito brasileiro, exemplificando com o estado de coisas inconstitucional.

Palavras-chave: Direito constitucional. Estado Democrático. Direitos Fundamentais.

Sumário: Introdução. 1. Análise tipológica do Constitucionalismo Latino-Americano e a consecução deste no Brasil 2. A dificuldade de implementação dos direitos fundamentais em uma constituição “meramente ilustrativa”. 3. O ECI - estado de coisas inconstitucional-, como instrumento coercitivo de solução das violações reiteradas a direitos fundamentais - ADPF 347 MC / DF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo, de maneira não exauriente, abordar questões acerca do novo constitucionalismo latino-americano e como este influenciou o Brasil, bem como abordar a dificuldade de concretização dos direitos fundamentais diante de uma constituição meramente ilustrativa. Para tanto, a partir da metodologia do tipo qualitativa, parte-se de um referencial tipológico e rasamente histórico, no intuito de se analisar essa modalidade de constitucionalismo e de que forma se concretiza em território brasileiro.

A Constituição é o principal instrumento da ordem jurídica dos países ocidentais. As constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial, como a atual constituição brasileira, que data de 1988, são impregnadas de conteúdos axiológicos com o objetivo de assegurar direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo surge como paradigma do Estado democrático de direito.

As inovações do século XX, o fenômeno da globalização e da utilização de processos democráticos, possibilitou a atuação de grupos sociais que eram excluídos das deliberações de

interesse público. Assim, os operadores do direito passaram a observar a diversidade social e cultural existente.

Na América Latina, em razão de movimentos sociais que ocorreram antes da promulgação da atual constituição brasileira, surgiu um movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, que propôs a fundação de um novo Estado: O Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado visando possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado.

No primeiro capítulo será realizada a análise tipológico do constitucionalismo latino americano e de que forma o Brasil foi influenciado por esse movimento.

Em seguida, passa-se à análise da constituição brasileira de 1988, que dispõe de diversos dispositivos de ordem a proteger os direitos fundamentais e a dificuldade de implementação desses direitos, caracterizando-se dessa forma, uma constituição meramente ilustrativa.

Por fim, será abordada a temática que envolve o estado de coisa inconstitucional e sua importância para efetivação dos direitos fundamentais.

O que se espera do presente trabalho é poder contribuir para o estudo do constitucionalismo latino americano de modo geral, bem como demonstrar que o seu alastramento no Brasil vem favorecendo a desestagnação dos direitos fundamentais.

1. ANÁLISE TIPOLÓGICA DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A CONSECUÇÃO DESTE NO BRASIL

No início da década de 90, as novas Constituições da América Latina apresentaram-se como uma resposta inovadora à crise constitucional vivenciada à época.

As novas ordens constitucionais são frutos de movimentos populares, ou seja, o povo mostrando o que quer para sua nação e conseqüentemente para ele mesmo. Nesse aspecto, leva-se em consideração as discussões e o papel das Assembleias Constituintes na formação de uma Constituição, pois a argumentação não é apenas a estratégia básica de se fazer ciência, mas também uma ferramenta elementar de construção de processos emancipatórios, pois é onde a cidadania se faz presente, se efetiva.

Esse movimento tratou de avançar em âmbitos nos quais o constitucionalismo europeu ficou paralisado, uma vez que aquele é pautado na democracia participativa, na vigência dos

direitos sociais e dos demais direitos, a busca de um novo papel da sociedade no Estado e a integração das minorias, que até aquele momento eram marginalizadas.

As constituições são diferentes no ponto em que foram criadas para se encaixar em cada país considerando suas necessidades e peculiaridades, no entanto são semelhantes, pois buscam o mesmo denominador comum, consistente na integração do todo social e na efetividade dos direitos.

Nas palavras de Rubén Martínez Dalmau ¹

Uma Constituição que esteja à altura do novo constitucionalismo deveria, em primeiro lugar, se basear na participação do povo, que é o que lhe dá legitimidade. Isso significa que a elaboração da proposta de Constituição deve ser redigida por uma Assembleia Constituinte eleita para isso e que deve ser principalmente participativa na hora de receber propostas e incorporá-las no texto constitucional. E deve ser uma Constituição que não tenha medo de regular as principais funções do Estado: a melhor distribuição da riqueza, a busca por igualdade de oportunidades, a integração das classes marginalizadas. Em resumo, uma Constituição que busque o "Sumak kamaña" ou o "Sumak kawsay", como dizem as Constituições boliviana e equatoriana: o "viver bem" (em quéchua) da população.

As Constituições dos países latino-americanos, historicamente, consagram apenas a igualdade formal perante a lei, sendo que, na realidade, as instituições jurídicas são fortemente delineadas por controle centralizado e burocrático do Estado.

Em razão disso, as Constituições latino-americanas da Colômbia, Bolívia, Equador, Peru e incluindo a do Brasil, introduziram em seus textos constitucionais alterações referentes aos aspectos do reconhecimento do caráter pluricultural da Nação e do Estado, tais como a oficialização de idiomas, a educação bilíngue, a proteção do meio ambiente, enfim, o reconhecimento e ampliação dos direitos dos povos, a exemplo dos indígenas.

Existe divergência no que se refere à inclusão do Brasil nessa seara. A autora Raquel Z. Yrigoyen Fajardo², propõe uma evolução em ciclos do que denomina constitucionalismo pluralista. Nesse caso, o processo constitucional brasileiro é incluído em um primeiro ciclo (1982 – 1988), o do constitucionalismo multicultural. A evolução avança para um novo ciclo que se inicia em 1989 e vai até 2005, o do constitucionalismo pluricultural e, finalmente, chega-

1 DALMAU, Rubén Martínez. Entrevista para *Folha de São Paulo* em 1 de março de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0103200909.htm>> Acesso em: 10/10/2016.

2 FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Disponível em: <http://www.larazon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/constitucionalismo_pluralistamulticulturalismo-descolonizacion_0_2471752913.html>. Acesso em 25: out.2016.

se ao terceiro e último ciclo, o do constitucionalismo plurinacional (2006 – 2009), do qual fazem parte os processos boliviano e equatoriano.

Já autores como, Miguel Carbonell, José Antonio Martín Pallín, Carlos Gaviria Díaz e Carlos Alberto López Cadena, consideram que a nomenclatura de novo constitucionalismo deve ser mantida, acrescentando-se à tradicional separação entre neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano e incluindo a Constituição brasileira no primeiro e as Constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, no segundo³.

O fato é que ambas posições retiram a Constituição brasileira do seu rol de estudos. Por outro lado, outros autores, a exemplo de Luigi Ferrajoli, apostam em um constitucionalismo de terceira geração, que partindo da Constituição brasileira de 1988, chega as Cartas latino-americanas.

Para o novo constitucionalismo o conteúdo da Constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, isto é, deve gerar mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania. Esse novo constitucionalismo além de pretender garantir um real controle sobre o poder por parte dos cidadãos, busca solucionar o problema da desigualdade social.

Nas palavras de Walber de Moura Agra ⁴

“o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva

A divergência sobre inclusão ou não do Brasil nesse cenário, surgiu pela existência de um *déficit* democrático presente no processo constituinte brasileiro entre os anos de 1987-1988. No entanto, o fato das constituições latino americanas terem sido criadas ou reformadas após a queda dos regimes ditatoriais é determinante para uma nova fase do constitucionalismo, o

³ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.8; n.1, p. 220-239, 1º quadrimestre de 2013.

⁴ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. Rio e Janeiro: Forense, 2008, p. 31.

constitucionalismo de terceira geração, sobrepondo-se ao modelo europeu de constitucionalização rígida.

Nesse sentido, pode-se dizer que a Constituição brasileira inaugurou o Constitucionalismo de terceira geração, aquele que fez com que o próprio paradigma constitucional fosse repensado.

A Constituição brasileira vigente possui um amplo catálogo de direitos sociais, dentre eles os direitos de última geração (art. 225)⁵, os direitos dos trabalhadores, uma série de princípios, o duplo controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), bem como o controle de constitucionalidade por omissão. A Constituição Brasileira de 1988 é reconhecida como uma Constituição cidadã, pois incorporou um rol não exaustivo de direitos humanos e introduziu novas formas de participação da sociedade na construção e gestão de políticas sociais.

Percebe-se que seguiu a tendência das constituições democráticas contemporâneas, segundo Häberle (1997)⁶, é uma constituição aberta que demanda um esforço permanente de interpretação e integração por parte do jurista.

O Brasil, ao promulgar a Constituição Federal de 1988, fez a opção pelo Estado Democrático de Direito, estabelecendo a inclusão social, por meio da ampliação do rol de direitos e deveres dos cidadãos, uma de suas principais conquistas, que se traduzem em desafios a serem superados face à complexidade à sua efetivação. O Estado de Direito trouxe à realidade a bandeira da igualdade. A história vem demonstrando, no entanto, que o reconhecimento formal dos direitos não implica, necessariamente, na sua efetivação. Há uma longa distância a ser percorrida para essa conquista.

2. A DIFICULDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UMA CONSTITUIÇÃO “MERAMENTE ILUSTRATIVA”

Nas palavras de Celso Amorim⁷:

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: Acesso em: 10 fev. 2017.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Porto Alegre*: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 36.

⁷ NEGOCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro. *Constituições da América Latina e Caribe*. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/712Constituicoes_da_America_Latina_e_do_Caribe_Vol._I.pdf> Acesso em: 12 mai.2017.

A Constituição Federal de 1988 – produto de um novo pacto nacional, gestado na esteira do fim da ditadura militar – estabelece as diretrizes para a construção de uma sociedade mais justa e democrática. Não é coincidência que a nossa carta constitucional preveja, em seu Artigo 4º, a formação de uma comunidade latino-americana como um dos objetivos de nossa atuação externa (...).

A constituição de 1988, estabelece um rol descerrado de direitos fundamentais, a vistas de garantir o maior deles, qual seja, a dignidade da pessoa humana. No entanto, o que se verifica, é que existe uma grande dificuldade em efetivar esses direitos fundamentais elencados na constituição.

O jusfilósofo Marcelo Neves aborda com profundidade o assunto ao tratar da “constitucionalização simbólica”⁸, em que questiona - afastando o formalismo utilizado em sua obra-, em que medida as constituições, a exemplo da brasileira, que proclamam assegurar direitos fundamentais - que são na verdade sistematicamente ofendidos ou não implementados-, podem ser tomadas como parâmetro a orientar a ação jurídica dos indivíduos.

Segundo Pedro Lenza⁹, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. Não se trata somente da ineficácia das normas constitucionais, mas principalmente dos efeitos sociais da constitucionalização de normas frustradas.

No presente trabalho denomina-se de “meramente ilustrativa” a constituição na qual as normas constitucionais, consubstanciadas principalmente em direitos fundamentais, embora perfeitamente conjecturadas no texto constitucional, não possuem aplicabilidade. São direitos que constam perfeitamente no papel, mas por problemas de concretização, que os tornam ineficazes, não são apostos na sociedade.

Não se pode falar em constituição “meramente ilustrativa”, sem dizer que o princípio da força normativa da Constituição nos remete ao entendimento de não ser suficiente que a norma legal esteja expressa no texto constitucional, para que seja considerada lei fundamental de um Estado.

Segundo Konrad Hesse, toda norma constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de configurar mera “ letra morta em papel”. Afirma, que quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa¹⁰.

⁸ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.177.

⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.79.

¹⁰ HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*: a força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: 1991, p.20.

A Lei Maior não deve ser uma utopia, um simples devaneio sobre uma sociedade ideal, seu conteúdo deve ser suscetível de aplicabilidade, sempre tendo como principal finalidade atender os anseios e necessidades do povo. Assim, para que as normas constitucionais possuam força normativa de fato, é necessário que a sua interpretação seja feita de maneira a buscar a sua plena eficácia dentro da realidade social.

Nesse ínterim, diante da ausência de concretude de determinadas normas constitucionais, é que surgem as violações aos direitos fundamentais, muitos deles representados no artigo 5º da Constituição Federal. São ofensas reiteradas, em geral, à dignidade da pessoa humana.

Com grande frequência são noticiados fatos de transgressão aos direitos Humanos no Brasil, são por exemplo, casos de pessoas em situação de rua, e especialmente, a crise no sistema carcerário brasileiro, em que o “coisismo”, que será visto adiante, é nítido.

Em 2016 foi divulgado relatório da Organização das Nações Unidas – ONU¹¹, por meio do Conselho de direitos humanos, acerca do sistema penitenciário brasileiro, tecendo graves críticas sobre a forma com que o Brasil lida com seu sistema prisional. Criticaram o tratamento dispensado aos presos – e suspeitos-, incluindo torturas e assassinatos das minorias (negros, homossexuais e mulheres). Não ficou de fora do relatório a superlotação das penitenciárias.

Assim, o neoconstitucionalismo surgiu para tentar decrescer esse caráter “meramente ilustrativo” da constituição, propondo mecanismos para a real efetivação de seus preceitos. Nesse contexto, a partir do momento em que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo é encontrar mecanismos para a efetiva concretização dos direitos fundamentais, de acordo com a realidade fática do Estado.

Um dos obstáculos para concretização dos direitos fundamentais é o princípio da “reserva do possível”, muitas vezes invocado pelo Estado para justificar sua inércia quando deparado a violação de direitos fundamentais. No entanto o referido princípio deve ser utilizado como instrumento de preservação do erário em prol dos cidadãos e não contra eles.

O ministro Marco Aurélio ¹², ao se posicionar no julgamento do RE 580.252 RG/MS, ressaltou: “ (...) Ora, descabe tomar a teoria da reserva do possível como polivalente a ponto de se colocar em segundo plano a Carta da República (...).

¹¹ ONU. *Relatório da ONU faz duras críticas ao sistema carcerário brasileiro*. Disponível em <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2016/02/26/interna_brasil,629353/relatorio-da-onu-faz-duras-criticas-ao-sistema-penitenciario-brasileir.shtml>. Acesso em: 14 mai. 2017

¹² BRASIL. Superior Tribunal Feral. RE n. 580.252. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>. Acesso em: 13 mai. 2017.

Logo, verifica-se que ao se pesar a dignidade da pessoa humana e a reserva do possível, por motivos óbvios, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer. Nesse contexto pode-se inserir a aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional de modo a fazer prevalecer o princípio mais importante do rol de direitos fundamentais quando em conflito com qualquer outro, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

3.O ECI - ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL-, COMO INSTRUMENTO COERCITIVO DE SOLUÇÃO DAS VIOLAÇÕES REITERADAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS - ADPF 347 MC / DF

No início da década de 90, as novas Constituições da América Latina apresentaram-se como uma resposta inovadora à crise constitucional vivenciada à época. As novas ordens constitucionais derivam de movimentos populares, ou seja, do ativismo popular em prol da nação, por meio do qual, o povo demonstra sua força interventiva nas decisões do Estado. As Assembleias Constituintes devem ser levadas em consideração na formação de uma Constituição, pois trata-se de ferramenta primária para construção de processos emancipatórios, onde a cidadania se efetiva.

O supramencionado constitucionalismo contaminou o ordenamento brasileiro, no sentido positivo da expressão, pelo que, por meio do estado de coisas inconstitucional materializou-se direitos fundamentais expressos na carta magna originalmente “meramente ilustrativa”, como já tratado no capítulo anterior.

A princípio, importante esclarecer no que consiste o estado de coisas inconstitucional. O Estado de coisas inconstitucional surge da ofensa reiterada e coletiva de direitos fundamentais, que poderia ter sido evitada pelo ativismo estatal - sentido lato da palavra-, e não o foi.

A origem do ECI- Estado de coisas inconstitucional-, deu-se pela Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada *Sentencia de Unificación* (SU). Foi aí que primeiro se utilizou essa expressão. Depois disso, a técnica já teria sido empregada em mais nove oportunidades naquela Corte. Existe também notícia de utilização da expressão pela Corte Constitucional do Peru.¹³

¹³BRASIL. *Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 14 mai.2017.

O ECI é cabível quando uma coletividade de pessoas é atingida pelas violações de direitos. Assim, para enfrentar esse quadro de ofensas generalizadas, será necessário a corte fixar remédio direcionados a criação de políticas públicas, o que não seria viável por meio das decisões mais tradicionais. A Corte adota, portanto, uma postura de ativismo judicial diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não tomam medidas concretas para resolver o problema, pela inércia da vontade pública.

O exemplo mais gritante de ECI consiste na superlotação carcerária, assunto exaustivamente discutido, no entanto, raramente encontram-se ideias adequadas a uma ideal solução do problema.

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ADPF (347)¹⁴, buscando o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Por maioria, os ministros deram parcial provimento a medida cautelar e determinaram aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia. Pela decisão, deve ser viabilizado o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Os juízes devem estabelecer, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância da reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O Ministro Marco Aurélio¹⁵ assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Em dado momento do julgamento o Ministro Marco Aurélio afirma, quanto a um dos motivos que provocam a superlotação carcerária:

Destaca que outro fato a contribuir para a superlotação é o uso abusivo da prisão provisória. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 41% dos presos brasileiros estão nessa condição. Alega a banalização da adoção da medida constritiva

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 mar. 2017

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 13 mai. 2017

antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando-se uma “cultura do encarceramento”. Aponta, mais, inexistir separação, nos presídios, entre os presos provisórios e os definitivos.

No mesmo contexto, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs 43 e 44-, o Ministro Marco Aurélio votou no sentido da literalidade do Artigo 283 do CPP, sendo este espelho do disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, entendendo que o princípio da presunção de inocência está vinculado a uma decisão transitada em julgado. No entanto, por maioria de votos, o plenário do STF entendeu pela possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância, independente do trânsito em julgado¹⁶.

Ou seja, embora haja ciência de que um dos motivos para superlotação das penitenciárias seja o uso abusivo da prisão provisória, ainda assim, inconsequentemente, sem tocar no ponto da inconstitucionalidade da decisão, fora decidido que os acusados podem ter a pena executada antes mesmo do trânsito em julgado.

A transgressão aos direitos fundamentais é tão profunda, que foi decidido ressarcimento sobre o ressarcimento por danos materiais e morais provenientes da superlotação, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu, que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. No Recurso Extraordinário (RE) 580252¹⁷, com repercussão geral reconhecida, os ministros restabeleceram decisão que havia fixado a indenização em R\$ 2 mil para um condenado.

O relator, ministro Teori Zavascki, no RE acima citado, havia votado no sentido do provimento do recurso. Em seu voto, o ministro restabeleceu o dever de o Estado pagar a indenização, fixada em julgamento de apelação no valor de R\$ 2 mil. Ele lembrou que a jurisprudência do Supremo reconhece a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia.

Houve diferentes posições entre os ministros quanto à reparação a ser adotada, ficando majoritária a indenização em dinheiro e parcela única. Cinco votos – ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia – mantiveram a indenização estipulada em instâncias anteriores, de R\$ 2 mil. Já os ministros

¹⁶BRASIL. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 14 mai. 2017.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 580252. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Edson Fachin e Marco Aurélio adotaram a linha proposta pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, com indenização de um salário mínimo por mês de detenção em situação degradante.

A proposta feita pelo ministro Luís Roberto Barroso, substituía a indenização em dinheiro pela remição da pena, com redução dos dias de prisão proporcionalmente ao tempo em situação degradante. A fórmula proposta por Barroso foi de um dia de redução da pena (remição) por 3 a 7 dias de prisão em situação degradante. Esse entendimento foi seguido pelos ministros Luiz Fux e Celso de Mello.

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, diz.

Por fim, importante destacar o seguinte trecho da ADPF 347:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social¹⁸.

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir por meio do presente trabalho, que a influência do constitucionalismo latino – americano – que surge como novo paradigma do Estado democrático de direito-, no direito brasileiro foi suave, tendo em vista as dificuldades ainda enfrentadas para implementação dos direitos fundamentais, principalmente por falta de aceitação da própria sociedade.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 mar. 2017

Para o novo constitucionalismo o conteúdo da Constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, isto é, deve gerar mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania.

O problema da constituição brasileira reside na viabilização da concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente expressos, que por vezes encontram obstáculos difíceis de serem combatidos e acabam por acarretar reiteradas transgressões à carta maior. O direito brasileiro caminha lentamente ao encontro da implementação dos mencionados direitos, consistindo ainda em uma constituição “meramente ilustrativa” no que se refere aos direitos fundamentais.

O estado de coisas inconstitucional veio para ao menos abrir os olhos quanto a necessidade/possibilidade de reforma do sistema carcerário brasileiro, em que os presidiários são tratados de forma desumana.

Determinada parcela da população não entende que a ausência de ressocialização do condenado acarretada em posterior repercussão na própria sociedade, pois em pouco tempo este condenado estará de volta as ruas delinquindo. Sim, os presos estão sendo soltos cada vez mais cedo, as medidas despenalizadoras estão sendo cada vez mais valorizadas e os condenados – cada vez mais cheios de ódio após o doutorado em crime-, retornam as suas atividades rotineiras, cuja vítima é a própria sociedade.

Essa resistência da sociedade em enxergar os presidiários como sujeitos de direito, procrastina as possibilidades de progresso, que em última análise repercute na segurança pública. O que se verifica, na verdade, é que cada vez mais estão procurando subterfúgios para fugir de um problema que deve ser combatido na raiz. O sistema prisional brasileiro encontra-se em verdadeiro colapso, conduzindo a um leque de problemas que têm sido reiteradamente capeados pelo Estado, tornando a nossa sociedade instável e incapaz de se reestruturar.

O Estado justifica sua inércia pautando-se no princípio da reserva do possível, no entanto, tal princípio não pode ser utilizado como desculpa para não se efetivar a reforma penitenciária, pois muito mais é gasto pelo Estado com presos que não são reintegrados na sociedade, que voltam a delinquir e causam vítimas fatais todos os dias. Além disso, na ponderação entre a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana, esta deve sempre prevalecer.

Os pilares basilares da sociedade devem ser restabelecidos, primeiro a base educacional – como garantia de uma vida digna para população-, segundo a assistencial – para

que aqueles que não possuem oportunidades possam ser alcançados-, terceiro, a base sancionatória juvenil – com aplicação de medidas adequadas-, e por último, a base punitiva adulta – com observância dos princípios humanitários integradores da dignidade da pessoa humana.

Para que isso ocorra é necessário que haja uma mudança na mentalidade da sociedade, que deve ser alcançada pelo comportamento das próprias autoridades – que possuem (ou deveriam possuir) entendimento técnico sobre os assuntos específicos de interesse público.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 580252. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal Feral. RE n. 580.252. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal Feral. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 14 mai. 2017.

DALMAU, Rubén Martínez. Entrevista para Folha de São Paulo em 1 de março de 2009.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. Disponível em: <http://www.larazon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/constitucionalismopluralista-multiculturalismo-descolonizacion_0_2471752913.html>. Acesso em 25 out.2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung: A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: 1991.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEGOCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro. *Constituições da América Latina e Caribe*. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/712Constituicoes_da_America_Latina_e_do_Caribe_Vol._I.pdf> Acesso em 12 mai.2017.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ONU. *Relatório da ONU faz duras críticas ao sistema carcerário brasileiro*. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2016/02/26/interna_brasil,629353/relatorio-da-onu-faz-duras-criticas-ao-sistema-penitenciario-brasileir.shtml>. Acesso em: 14 mai. 2017.