

# A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Clara Cardoso

Machado Jaborandy

Doutora em Direito pela  
Universidade Federal da  
Bahia. Aracaju, SE, Brasília.  
claracardosomachado@  
gmail.com

Matheus Macedo

Lima Porto

Graduando em Direito pela  
Universidade Tiradentes e  
em Relações internacionais  
pela Universidade Federal  
de Sergipe. Aracaju, SE,  
Brasília. matheusporto@  
icloud.com

Recebido: maio 29, 2017

Aceito: agosto 26, 2017

## The dignity of the human person and the unconstitutional state of things in Latin American constitutionalism

### RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o tratamento jurídico da dignidade da pessoa humana a partir do constitucionalismo latino americano. Num primeiro momento, verificar-se-á a essência da dignidade humana para o direito através de uma rápida evolução conceitual com base na história e na filosofia. Num segundo momento, o artigo abordará o movimento do chamado novo constitucionalismo latino-americano, a fim de verificar as possibilidades de inserção da Constituição brasileira de 1988. Por fim, far-se-á uma análise crítica da forma que a dignidade da pessoa humana vem sendo interpretada no instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional, especialmente nas decisões da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal. O desfecho da investigação pretende comprovar que há um simbolismo na decisão que adota o Estado de coisas inconstitucional em prol do respeito à dignidade humana.

**Palavras-chave:** constitucionalismo; América Latina; dignidade da pessoa humana.

### Abstract

The present work is intended to analyse the legal treatment of the dignity of the human being from the Latin American constitutionalism. In the first instance, an essence of human dignity will be verified for the right through a rapid conceptual

evolution based on history and philosophy. In a second moment, the article approaches the movement of the new Latin American constitutionalism, objecting to verify the possibilities of insertion of the Brazilian Constitution of 1988. Finally, it will be done a critical analysis of the form that a dignity of the human person has been interpreted, especially in the decisions of Constitution Court of Colombia and the Supreme Court of Brazil. The outcome of the investigation is intended to prove that there is a symbolism in the decision that adopts the unconstitutional state of affairs in favour of respect for human dignity.

**Keywords:** Constitutionalism; Latin America; dignity of the human person.

## 1. INTRODUÇÃO

Com o fim da II Guerra Mundial e as tragédias causadas pelos regimes totalitários, a sociedade internacional, de modo geral, entendeu que não deveria deixar a tutela dos direitos fundamentais exclusivamente a cargo dos Estados soberanos. É a partir desse momento que nasce o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pressupõe esse movimento que é dever dos entes estatais garantir aos seus tutelados direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes. Assim, diante do descumprimento de sua obrigação, estariam eles sujeitos à responsabilização internacional.

Apesar de se observar como marcos fundamentais e de maior proporcionalidade na contemporaneidade os eventos citados, é amplamente conhecido que a dignidade humana já era um valor consagrado tanto nas sociedades quanto nas cartas políticas – ainda que entendida de distintos modos – antes dos desastres mundiais do pós-Guerra. Muitos são os autores que atribuem o “valor intrínseco da pessoa humana” ao pensamento clássico (tanto filosófico quanto político) e ao pensamento cristão, por exemplo. No intuito de sistematizar essa construção do conceito de dignidade humana far-se-á uma análise em seguida.

No Brasil, a afirmação da dignidade da pessoa humana é consagrada na Constituição Federal de 1988, que preceitua em seu art. 1º que esse é um dos fundamentos que regem essa República Federativa. Tal fenômeno é inédito no constitucionalismo pátrio haja vista que nenhuma das Constituições anteriores colocaram a dignidade entre seus princípios fundamentais já no primeiro artigo da Lei Fundamental. O artigo 5º em seus diversos incisos revelam o querer

do constituinte em assegurar direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros.

Assim como no estado brasileiro, diversos são os países da América Latina que assumem compromissos em suas constituições com os direitos humanos de modo geral e com a dignidade humana em particular. Esse é um dos fundamentos do chamado constitucionalismo latino-americano, que tem em suas constituições um caráter axiológico vasto, visando privilegiar vida digna à pessoa humana como objetivo fundamental do Estado.

Assim, pode-se enfatizar a Constituição brasileira de 1988 como a pioneira das Constituições da América Latina em instituir um Estado Social democrático de Direito (ainda que não formalmente), marcado fundamentalmente pelo objetivo de garantir ao indivíduo uma vida em sociedade mais justa, digna e fraterna. Semelhante à experiência brasileira tem-se a Constituição da Colômbia de 1991 que não só preceitua a dignidade humana como valor fundamental, mas também institui verbalmente o Estado Social de Direito em seu art. 1º.

Com base nessas premissas, esse trabalho examinará especificamente a relação entre dignidade da pessoa humana com o intuito de verificar o tratamento da dignidade da pessoa humana na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal, especificamente diante do instituto jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional.

## **2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Muito tem se falado da dignidade da pessoa humana no discurso jurídico nacional e internacional. Em alguns casos, pode-se até dizer que a reprodução de tal conceito tem sido feita de forma banalizada, assim, comprometendo até mesmo sua preciosa significância para interpretação e formação do direito.

No entanto, a dignidade não é um conceito contemporâneo. Aliás, pode-se afirmar que é um dos conceitos mais antigos do direito e que tem passado por diversas transformações com o passar dos anos. A compreensão que se tem hoje conduz a uma convergência de concepções consagradas na cultura ocidental através dos tempos e que vão, de modo geral, atribuir ao homem valores inerentes a sua condição.

Mas nem sempre foi assim. Nos tempos da Roma Antiga e da Antiguidade Clássica, por exemplo, o sentido de dignidade esteve associado a um status próprio daqueles que exerciam papéis considerados superiores na sociedade, havendo a possibilidade de se considerar algumas pessoas mais dignas que outras. Nesse sentido, percebe-se que o conceito romano de *dignitas hominis* estava intrinsecamente relacionado a uma concepção de sociedade hierarquizada.<sup>1</sup>

O conceito, tal como vem sendo acolhido atualmente por diversos documentos, tratados internacionais, constituições, dentre outros, encontra fundamento na tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Em verdade, seu desenvolvimento é bem anterior ao acontecimento político, mas esse tem grande significado pois é a partir dele que se encontram as bases de formação de uma sociedade democrática, que constitui um dos pressupostos para efetivar direitos fundamentais.

Pode-se elencar, pelo menos, três momentos marcantes para a construção do conceito de dignidade. São eles: a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o pós II Guerra Mundial.<sup>2</sup> No aspecto da tradição cristã, pode-se considerar a sacralidade do corpo a partir da compreensão de que ele seria templo do Espírito. Ingo Wolfgang Sarlet<sup>3</sup> aduz importância para as contribuições da obra de Boécio e de Tomás de Aquino no pensamento medieval. O primeiro<sup>4</sup> caracterizou a ideia de pessoa como substância individual de natureza racional. O segundo<sup>5</sup> atribui o fundamento da dignidade ao fato de que o ser humano foi constituído em semelhança à imagem de Deus e na capacidade de autodeterminação inerente à sua natureza.

Convém considerar ainda a obra de outros dois pensadores como fundamentais para o desenvolvimento da dignidade humana: Marco Antônio Cícero e Giovanni Pico Della Mirandola. Ao primeiro, inclusive, é que se atribui o uso da expressão dignidade que, no seu entender, seria composta de duas asserções: o sentido moral (virtudes pessoais e por já estar na mais alta hierarquia da natureza por ser um ser racional) e o sociopolítico (o homem pode mudar de posição na

<sup>1</sup> BARROSO, 2012, p. 13-14.

<sup>2</sup> BARROSO, 2012, p. 15.

<sup>3</sup> SARLET, 2011, p. 37.

<sup>4</sup> ÁVILA, 2014, p.71.

<sup>5</sup> AQUINO, 2001, p. 327.

sociedade na qual está inserido).<sup>6</sup> Já em relação ao segundo, encontra-se o manifesto fundador do humanismo renascentista na obra *Discurso Sobre a Dignidade do Homem* em que é afirmada a importância da busca pelo conhecimento como fator importante para autodeterminação, que articuladas com a ética e metafísica constituem a substância de seu entender de dignidade.<sup>7</sup> No entanto, apesar de tentar afastar-se dum sacralismo, seu conceito de dignidade humana ainda está associada a uma ideia do divino.<sup>8</sup>

É na evolução do pensamento jusnaturalista que a dignidade da pessoa humana ganha um aspecto mais racional e laico, fundamentando-se na igualdade dos homens de forma livre. No entender de Ingo Sarlet<sup>9</sup>, Samuel Pufendorf, por exemplo, credita à dignidade a base que sustenta a liberdade e a igualdade entre os homens. Ela se constituiria na liberdade moral: respeitar a liberdade de opção que o ser humano tem e que faz através do seu entendimento e razão. Mas é verdadeiramente com o processo de secularização, principalmente em Immanuel Kant, que a dignidade se consagra de maneira mais semelhante à compreensão contemporânea.

Kant<sup>10</sup> imerge-se da ideia de que as pessoas são seres racionais e que sua existência depende da natureza. Como essa já os condicionou à qualidade de fins em si mesmos, esses não podem ser empregados como meios para satisfação de outrem, devendo-se, assim, garantir o respeito à pessoa humana. Em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, por exemplo, atribui a autonomia da vontade a capacidade de determinação como inerente aos seres racionais.<sup>11</sup>

Segundo Kurt Seelman<sup>12</sup>, para o sistema ético kantiano, a dignidade mais do que um conceito em si, constitui-se num dever de respeito. Esse respeitar estaria no liame entre um dever jurídico e um dever de virtude. No primeiro sentido, assemelha-se a uma conduta negativa: a ninguém lesar seus direitos.<sup>13</sup> No segundo, vincula-se a uma conduta positiva: a assistência positiva do imperativo de amor ao próximo.

<sup>6</sup> SARLET, 2011, p. 35-36.

<sup>7</sup> MIRANDOLA, 2008.

<sup>8</sup> MACHADO, 2017, p. 69.

<sup>9</sup> SARLET, 2011, p. 38-39.

<sup>10</sup> KANT, 2004, p. 65.

<sup>11</sup> SARLET, 2011, p. 40-41.

<sup>12</sup> SEELMAN, 2009, p. 106-107.

<sup>13</sup> Remete-nos a célebre frase atribuída a Ulpiano: “Tais são os preceitos do Direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence”.

**A necessidade de se colocar formalmente em textos jurídicos nacionais e internacionais o respeito pelos direitos humanos e, particularmente, a dignidade da pessoa humana vieram com o intuito de não permitir que o Direito e a lei fossem usados como instrumentos de legitimação da barbárie, tal como ocorreu no nazismo, por exemplo.**

Como se afirmou, o respeito tem uma singularidade no pensamento kantiano. Béatrice Maurer<sup>14</sup> disserta a respeito de duas dimensões: o direito de que o indivíduo tenha sua dignidade respeitada e o dever de respeitar a sua e a de outrem. Para Kant, a dignidade é um pressuposto da própria igualdade, de modo que não havendo uma, a outra também não existirá. Assim, é por ser o homem dotado de dignidade que todos são iguais. Não é possível hierarquizá-la, pois o fazendo, destituiríamos o princípio da igualdade dos seres humanos. Nesse sentido, a dignidade é absoluta.

Diante do desenvolvido até o momento é preciso enfatizar a respeito da dignidade compreendida no pós Segunda Guerra Mundial. Com as truculências que os regimes totalitários causaram no mundo, o discurso da democracia, da paz e dos direitos humanos ganharam notório destaque na agenda internacional em geral e no discurso jurídico em particular. Luís Roberto Barroso<sup>15</sup> atribui dois fatores a essa conjuntura jurídica: a referência textual à dignidade em tratados, declarações e constituições e a emergência do pós-positivismo.

De certa forma, entende-se esses fatores como correlacionados. A necessidade de se colocar formalmente em textos jurídicos nacionais e internacionais o respeito pelos direitos humanos e, particularmente, a dignidade da pessoa humana vieram com o intuito de não permitir que o Direito e a lei fossem usados como instrumentos de legitimação da barbárie, tal como ocorreu no nazismo, por exemplo. O pós-positivismo também é um reflexo dessa preocupação. Isto é, que a lei não cegue o operador do direito: não no sentido de descumpri-la, mas de extrair dela o conteúdo que garanta de forma mais ampla a dignidade humana.

Nesse sentido, o conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt reflete bem a necessidade da consagração desses valores formal e materialmente nos documentos jurídicos. A pensadora judia, ao conhecer o nazista Eichmann em seu julgamento em Jerusalém, mudou a concepção que tinha desenvolvido do nazismo em seu *Origens do Totalitarismo*. Antes, ela usara as palavras de “mal absoluto” no sentido de que esse acontecimento mostrou a natureza mais radical do mal. Depois, a classificação do mal banal, no sentido de que

<sup>14</sup> MAURER, 2009, p. 136-137.

<sup>15</sup> BARROSO, 2012, p. 18-19.

Eichmann cumpria apenas ordens de um Estado soberano para garantia de seu emprego; nesse sentido, a sua própria capacidade de pensar estava destituída. E tudo isso estava legitimado por uma lei e uma interpretação técnica do Direito.<sup>16</sup>

### 3. O MOVIMENTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

*Ubi societas, ibi ius.* Para os juristas, não há que se pensar em Estados sem constituições, ainda que essas sejam entendidas de modos distintos. Assim, por exemplo, os estados totalitários e os absolutistas, de modo expresso ou não, teriam um conjunto de valores ideológicos que dariam ensejo ao regime do soberano. A tarefa de nomear esses valores na Constituição é própria do constitucionalismo que, de modo geral, deve o fazer com fins de preservar os direitos e liberdades individuais da pessoa humana.<sup>17</sup>

Observando a história do Direito Constitucional, pode-se dividir em quatro momentos paradigmáticos do poder constituinte para o movimento do constitucionalismo. O primeiro, foi o surgimento do constitucionalismo liberal durante as revoluções burguesas (séc. XVIII). O segundo, marcado pela evolução da visão conservadora à visão revolucionária ao positivismo e os conceitos de estado de direito. O terceiro, o constitucionalismo democrático, fruto da resistência as ameaças políticas, sociais e econômicas do estado liberal-conservador. Por fim, o quarto momento diz respeito ao constitucionalismo social que objetivava garantir direitos sociais por meio de políticas de bem-estar social e que, no entanto, não consolidou todas suas ambições.<sup>18</sup>

Como observou-se, o surgimento do movimento do Constitucionalismo de origem europeia passou por diversas fases, cada uma com um objetivo. Na América Latina, percebe-se que durante anos houve reproduções dos mesmos padrões concebidos pelo Mundo Antigo. No entanto, a partir do fim da década de 1980 e, de maneira mais marcante na década de 1990, surge o que se chama de novo constitucionalismo latino-americano.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 93-101.

<sup>17</sup> BOBBIO, 2000, p. 247.

<sup>18</sup> PASTOR; DALMAU, 2011, p. 309.

**O movimento de afirmação de um novo constitucionalismo na América Latina nasce à margem das suas academias jurídicas. É, verdadeiramente, produto de reivindicações populares e de movimentos sociais, nesse sentido, apresenta algumas carências de coesão para proposição de um modelo constitucional – diga-se antecipadamente, em fase de construção teórica.**

O movimento de afirmação de um novo constitucionalismo na América Latina nasce à margem das suas academias jurídicas. É, verdadeiramente, produto de reivindicações populares e de movimentos sociais, nesse sentido, apresenta algumas carências de coesão para proposição de um modelo constitucional – diga-se antecipadamente, em fase de construção teórica. No entanto, apesar de reconhecer que não há uma panaceia capaz de resolver todas questões das nações latino-americanas, apresenta características para podermos afirmar a existência dum constitucionalismo comum.<sup>19</sup>

O novo movimento tem um caráter radical do constitucionalismo democrático: credita-se à Constituição como fonte de avanço e emancipação dos povos a fim de prosseguir no estabelecimento da justiça social, igualdade e bem-estar. Nesse sentido, isso somente pode ocorrer diante de um poder constituinte democrático e que foi verdadeiramente legitimado.<sup>20</sup> Nesse sentido, são elucidativas as ideias de Pastor e Dalmau<sup>21</sup>:

[...] a assembleia constituinte colombiana representou um antes e um depois nas formas constituintes latino-americanas. A partir do início do processo constituinte ativado democraticamente pelo povo, até a sentença da Corte Suprema que declarava o caráter originário da assembleia constituinte, passando pelas particularidades do processo e, certamente, seu resultado, começou na Colômbia uma revolução constitucional que resgatou os princípios de soberania popular e reivindicou a doutrina clássica do poder constituinte e que, como já se afirmou, foi continuada pelos processos constituintes latino-americanos posteriores.

Assim, segundo o entendimento desses autores, a Constituição do Brasil de 1988 estaria excluída do movimento por uma razão: sua Assembleia Constituinte não atende aos preceitos da soberania popular, isto é, nossos constituintes não foram escolhidos pelo povo. Foram constituintes aqueles que já estavam constituídos, por força da dicção do art. 1º da Emenda Constitucional n. 26, de 17 de novembro de 1985, contrariando, assim, a tradicional teoria do poder constituinte em que esse deve ser escolhido através da soberania do povo.

<sup>19</sup> PASTOR; DALMAU, 2011, p. 312.

<sup>20</sup> PASTOR; DALMAU, 2011, p. 313.

<sup>21</sup> PASTOR; DALMAU, 2013, p. 51.



Em sentido distinto, além da já citada Constituição Colombiana de 1991, Wolkmer<sup>22</sup> entende que a Constituição Brasileira de 1988 faz parte do rol dos textos magnos precursores do novo constitucionalismo sul-americano. Se não dissermos que a Constituição Cidadã, na expressão do presidente da Assembleia Constituinte, Ulysses Guimarães, faça parte do movimento, minimamente podemos dizer que ela é um paradigma das Cartas políticas pluralistas no âmbito da América Latina. Não obstante não preencha todas as características do também chamado constitucionalismo “andino”, traz consagradas características que nos permitem relacionar de forma muito particular ao movimento.

Uma das características é a ampliação do rol de direitos fundamentais e a possibilidade de ingresso dos direitos humanos na ordem jurídica interna via tratados internacionais. Nesse sentido, leciona Flávia Piovesan<sup>23</sup>:

[...] a sistemática constitucional introduzida pela Carta brasileira de 1988 se situa num contexto que inúmeras Constituições latino-americanas buscam dispensar aos preceitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos uma natureza jurídica privilegiada.

É observável tal fenômeno nas leis fundamentais da América do Sul, notadamente após o exemplo do magno texto brasileiro, que consagrou no §2º do art. 5º a cláusula extensiva de direitos fundamentais a ser aplicada no direito pátrio, originariamente. Na Venezuela, a carta política de 1999 em seu art. 23 dá aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional, prevalecendo na ordem interna se essas forem mais benéficas dos que as estabelecidas na Constituição. A Lei Maior do Peru de 1993, assegura que os direitos constitucionais devem ser interpretados conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos e tratados de direitos humanos ratificados. No mesmo sentido também fazem as Constituições da Colômbia de 1991 e da Bolívia de 2009, ao designar hierarquia especial, havendo preponderância diante do direito interno das normas de direitos humanos. A Constituição do Equador de 2008, reconhece que a interpretação das normas constitucionais deve ser feita tendo em vista “pro ser humano”.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> WOLKMER, 2013, p. 30.

<sup>23</sup> PIOVESAN, 2015, p. 152.

<sup>24</sup> PIOVESAN, 2015, p. 152-155.

Outra característica fundamental do novo constitucionalismo consiste na necessidade de consolidar uma democracia participativa garantindo-se soberania popular, como já foi dito. Nesse sentido, é lapidar o conteúdo do art. 1º da Constituição Colombiana de 1991 que preza por uma democracia participativa e plural, prevalecendo os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho e da solidariedade.<sup>25</sup> No texto magno brasileiro em vigor também se pode encontrar diversos modos de efetivar uma participação política da sociedade muito embora nosso constituinte não tenha instituído formalmente em nossa carta política a modalidade participativa. Exemplificando, podemos observar o art. 14 que dispõe algumas maneiras de se exercer a soberania popular, a saber, através do plebiscito, referendo e iniciativa popular.

No mesmo sentido, a carta venezuelana de 1999 dispõe que aquele Estado seja Democrático e Social de Direito e Justiça. Interessante o feito dessa Lei Fundamental que institui além da clássica fórmula de Montesquieu da tripartição dos poderes, o chamado Poder Cidadão e Eleitoral que é autônomo e tem, de modo geral, a função de zelar pelo bom uso do erário, prevenindo e punindo atos de improbidade.<sup>26</sup> O Equador segue na mesma linha estabelecendo-se como um Estado plurinacional, reconhecendo, assim, a diversidade de povos que formam sua sociedade, como os indígenas.<sup>27</sup> Esse mesmo compromisso também é selado pela Lei Fundamental na Bolívia que chega até mesmo a consagrar maior preocupação em garantir a efetiva-

<sup>25</sup> Art. 1º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

<sup>26</sup> Art. 273. “ El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República. Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos o cuyas titulares será designado o designada por el Consejo Moral Republicano como su Presidente o Presidenta por períodos de un año, pudiendo ser reelegido o reelegida. El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable. Su organización y funcionamiento se establecerá en ley orgánica. ”

Art. 274: “ Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y con la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo ”

<sup>27</sup> OLIVEIRA; GOMES, 2011, p. 337-338.

ção de direitos fundamentais também aos povos indígenas, fruto de seu Estado Social de Direito<sup>28</sup>

Diante dos avanços em direitos fundamentais e do tão almejado pluralismo, as Constituições dessas nações assumem um caráter normativo superior nesses ordenamentos, privilegiando o controle concentrado de constitucionalidade com suas ações diretas, fundamentais para consolidação da democracia<sup>29</sup> Flávia de Ávila<sup>30</sup> entende que tal fenômeno constitucional nos países latino-americanos, que passaram por um momento de redemocratização de seus governos após períodos de autoritarismo, corroboram para formação de novo conceito de unidade nacional e incremento à participação popular.

Nesse sentido, diante do controle concentrado de constitucionalidade, são criados Tribunais Constitucionais com traços que privilegiam cada vez mais a participação cidadã. Na Colômbia, os juízes têm um mandato e não podem se reeleger. Na Venezuela, também há mandato limitado e qualquer cidadão venezuelano pode se opor a sua candidatura ao Tribunal Supremo, reclamando no *Comité de Postulaciones Judiciales a Asamblea Nacional*. No Equador, os juízes têm o mandato de 9 anos estando impossibilitados de mandato imediatamente sucessivo. Já na Bolívia, o Tribunal Plurinacional tem seus juízes escolhidos mediante sufrágio universal, acolhendo-se também os indígenas como parte da composição da Corte Excelsa<sup>31</sup>

Assim, pode-se delinear alguns pontos comuns as Constituições da América Latina observando-se seus textos normativos, principalmente a partir do fim da década de 1980. São esses: o aumento do rol de direitos fundamentais e a inserção dos direitos humanos por meio dos tratados internacionais, a responsabilidade do Estado e a necessidade de efetivação dos Direitos sociais, os pluralismos (social, cultural, político, jurídico), a necessidade de garantir uma democracia participativa com a criação de instrumentos para tanto.

<sup>28</sup> Art. 1º: “Bolívia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolívia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. ”

<sup>29</sup> PASTOR; DALMAU, 2011, p. 327.

<sup>30</sup> ÁVILA, 2014, p. 284-285.

<sup>31</sup> OLIVEIRA; GOMES, 2011, p. 343-344.

Ao se observar a categoria de direitos fundamentais elegidas pelas Constituições democráticas a partir de 1988, percebe-se a preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana. Na América Latina, de modo particular, observa-se que tal direito nem sempre esteve vinculado a um objetivo fundamental do Estado e, para que ele fosse conquistado, necessitou-se que diversas lutas sociais acontecessem. Ao observar as decisões que dizem respeito ao instituto jurídico do Estado de coisas inconstitucional, percebe-se que esse é o direito fundamental argumentado exaustivamente nas sentenças. Nesse aspecto, é elucidativo o seguinte teor oriundo da decisão T-388/2013 a respeito do sistema carcerário:

Desde 1992, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la dignidad humana es un concepto fundante del estado social y democrático de derecho, cuyo “[...] respeto [...] debe inspirar todas las actuaciones del Estado”.<sup>[281]</sup> Todos los funcionarios públicos tienen la obligación de tratar a toda persona “[...] sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco [...], la integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.”<sup>[282]</sup> La información sometida a consideración de esta Sala, evidencia que el Sistema penitenciario y carcelario no puede asegurar el respeto, la protección y la garantía del goce efectivo del derecho a la dignidad humana de una parte considerable de las personas privadas de la libertad. Sin duda, se trata de un problema grave en un estado social y democrático de derecho, que requiere ser solucionado con urgencia.<sup>32</sup>

Na mesma toada de tal sentença, em 2015, a Corte constitucional se posicionou novamente a respeito da dignidade associando tal conceito a um pluralismo observador de diferenças culturais. Na sentença T-208/15, reafirmou-se os compromissos constitucionais no que diz respeito à pluralidade social existente na sociedade colombiana e da necessidade do direito em garantir o convívio fraterno entre os diversos grupos. A mencionada decisão remete ao Estado de coisas inconstitucional referente ao cárcere e trata da violação de diversos direitos fundamentais dos indígenas nele. Dentre os pontos relevantes, necessário dizer que a legislação da Colômbia assegura foro especial na justiça indígena para julgamento e cumprimento de decisões.

<sup>32</sup> Sentencia T-388/2013.

Apesar disso, é de se ressaltar que não se atribui a jurisdição indígena poderes ilimitados. Nesse sentido, a corte afirma que há

[...] la necesidad de armonizar el amplio margen de autonomía que tienen las autoridades para imponer y ejecutar las penas de conformidad con su cultura, con la finalidad de garantizar que se cumpla la función resocializadora de la pena. La armonización concreta impide que se sacrifiquen innecesariamente la autonomía de las autoridades indígenas o el deber resocializador del Estado. Así, si bien las autoridades indígenas gozan de un amplio margen de discrecionalidad en la imposición de las penas, y en la manera como deciden que dichas penas se ejecuten, tienen el deber de proveer los medios necesarios para permitirles la resocialización a los indígenas que cumplan penas en el sistema carcelario ordinario.<sup>33</sup>

**Diante do desenvolvido aqui, pode-se dizer que o novo constitucionalismo latino-americano objetiva implementar uma democracia mais cidadã, participativa e plural, por meio da efetivação que J. J. Gomes Canotilho nomeia de liberdade igual, isto é, a possibilidade igual de ter acesso efetivo a bens, no âmbito da justiça social.**

Assim, é notável que, mesmo diante da necessidade de respeitar a pluralidade cultural oriunda da diversidade dos seus povos, o respeito à dignidade da pessoa humana é elegido como valor fundamental para decidir. Desse modo, no presente caso, percebe-se que a finalidade do Estado social de direito é a integração dos povos, em sua diversidade, mas respeitando-se suas diferenças a fim de se atingir a ressocialização social.

Diante do desenvolvido aqui, pode-se dizer que o novo constitucionalismo latino-americano objetiva implementar uma democracia mais cidadã, participativa e plural, por meio da efetivação que J. J. Gomes Canotilho nomeia de liberdade igual, isto é, a possibilidade igual de ter acesso efetivo a bens, no âmbito da justiça social.<sup>34</sup> Para isso, necessário dizer que devem estar em harmonia os pluralismos e o respeito cultural as diversidades dos povos (na medida em que e como forma de aprofundar a garantia de Direitos Humanos) como fundamento maior da República – a soberania popular.

#### **4. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA LATINO-AMERICANA**

Nas duas primeiras partes deste trabalho discorreu-se a respeito do conceito de dignidade humana e do movimento constitucional latino-americano. Observa-se que, de modo geral, os países sul-americanos têm eleito em seus textos magnos uma verdadeira defesa da dignida-

<sup>33</sup> Sentencia T-208/2015.

<sup>34</sup> MELO, 2013, p. 72.

de da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos como fundamentos e anseios a serem conquistados por suas nações. Nesse momento, verificaremos como o Brasil e a Colômbia têm usado da dignidade da pessoa humana, valores fundamentais elegidos no art. 1º de ambas as constituições através do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) criado pela Corte colombiana e recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal através de medida cautelar na ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347, refletindo a respeito da situação do sistema carcerário no país.

Em primeiro lugar, faz-se necessário esclarecer o que seria o Estado de Coisas Inconstitucional. Tal instituto consiste numa espécie de reconhecimento feito pelas cortes supremas declarando a existência de violação significativa de direitos fundamentais devido a inércia do Estado em agir e, com base nisso, incumbir aos responsáveis a tomar diligências que norteiem a transformação da situação de inconstitucionalidade. Além disso, atribui-se a esses casos um caráter estrutural por afetarem um número amplo de pessoas que tiveram seus direitos violados que, se fossem buscar o poder judiciário individualmente, causariam um congestionamento na Justiça.<sup>35</sup>

O ECI origina-se das decisões SU-559 de 1997 e T-068, oriundas da Corte Constitucional colombiana e verdadeiramente se consolida com a decisão T-153/98. Sua origem está atrelada a um modo encontrado pela Corte da Colômbia, dentro do controle de constitucionalidade, com o intuito de decidir casos de grande repercussão social de modo mais efetivo, atribuindo aos responsáveis por violações e atos contrários à Constituição a responsabilidade e determinando que as medidas cabíveis pudessem ser tomadas cooperativamente a fim de sanar os problemas.

Segundo o ensinamento de Rodríguez Garavito, as condições necessárias para se atribuir um Estado de Coisas Inconstitucional podem ser divididas em duas: as de processo e as de resultado. A primeira, diz respeito à necessidade de haver falhas estruturais nas políticas públicas do país. Já na segunda, é preciso que haja uma violação massiva e sistematizada de direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas.<sup>36</sup> Nesse sentido, a decisão T-025 de 2004 proferida pela corte colombiana é paradigmática ao demonstrar os

<sup>35</sup> SANTOS et al, 2015, p. 2599.

<sup>36</sup> LYONS et al, 2016, p. 72.

requisitos que aquele tribunal considerou para o reconhecimento da situação de descompasso com os preceitos constitucionais que estavam sendo enfrentados (naquele caso, devido à violação de direitos da população que vive uma situação de deslocamentos forçados). Dentre as razões, destaque-se: a violação de direitos fundamentais, prolongada omissão das autoridades públicas em cumprir suas obrigações, omissão legislativa inconstitucional e a existência de um problema que demanda solução cooperativa de várias entidades.<sup>37</sup>

Assim, observa-se que o ECI não é um problema do direito, mas uma ferramenta que objetiva direcionar a produção de políticas públicas que visem dar soluções enérgicas, imediatas às violações estruturais de direitos humanos.<sup>38</sup> Não obstante verifique-se o objetivo das medidas adotadas no instituto, é necessário que os responsáveis envolvidos nas violações reconheçam a legitimidade de tal instrumento sob o risco de não se alcançar a efetividade daquilo que as medidas determinadas pelos tribunais objetivam.

Observando-se a jurisprudência da Corte Colombiana, percebe-se que essa tem sido uma alternativa que visa efetivar direitos fundamentais, notadamente os de 1ª e 2ª geração. Nos de primeira, os civis e políticos, o instrumento já foi utilizado diante da necessidade de proteção da vida de defensores de direitos humanos e a tutela do direito à igualdade de aspirantes à carreira notarial. Já em relação aos de segunda geração, os econômicos, sociais e culturais, para declarar a proteção dos direitos dos pensionistas, a situação da população carcerária e a decisão em relação à população deslocada devido aos vários conflitos no interior do país.<sup>39</sup>

No entanto, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional não se restringe apenas à Corte Colombiana. No Brasil, o Supremo Tribunal

<sup>37</sup> Sentencia T-025/2004. “ Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (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; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) 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; (v) 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. ”

<sup>38</sup> BUSTAMANTE, 2011, p. 9-10.

<sup>39</sup> Idem, p. 12-13.

Federal adotou essa tese diante do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. Diante da grave violação de direitos humanos, a dignidade da pessoa humana é referenciada em *prima face* em quase todas as decisões em que os tribunais decidem aplicar o instituto do ECI. Assim, por exemplo, no teor da sentença T-153 de 1998 o posicionamento foi o de que as graves violações de direitos fundamentais decorriam do encarceramento e da adoção de políticas criminais falhas que impossibilitavam uma vida digna dentro do cárcere e, por isso, uma atuação mais ativa do tribunal era necessária.

Em 2013, a corte colombiana manifestou-se novamente por um conjunto fático completamente contrário à Constituição no tocante ao estado do sistema carcerário. No entanto, a mesma corte esclareceu que tal estado de coisas era distinto daquele que foi proclamado no ano de 1998.<sup>40</sup> Foi relatado que, devido à implementação de diversas medidas determinadas pela corte, a situação se afastaria daquela de caos do fim do século XX. No entanto, ainda assim, o descompasso com a ordem constitucional constatou-se.<sup>41</sup> E, novamente, em 2015, a mesma corte

<sup>40</sup> A respeito dos direitos violados dos encarcerados, na Sentencia T-153-98: “*En efecto, tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión ; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos ; el derecho a la familia es quebrantado por la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares ; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios ; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a éstos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción ; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc.*”

<sup>41</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-388-13 “*En síntesis, el Sistema penitenciario y carcelario se encuentra nuevamente en un estado de cosas inconstitucional. Se trata de una situación que si bien no es idéntica a la vivida en 1998, en especial por el rol y las actuaciones estatales frente al problema, se ha desarrollado poco a poco, con una clara tendencia a agravarse. Es un estado de cosas que compromete, principalmente, la dignidad humana, reconocida por igual a toda persona, tal como lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional vigente. Las personas privadas de la libertad están en una relación de sujeción que faculta a las autoridades penitenciarias y carcelarias a restringir ciertos derechos, de forma razonable y ponderada. Pero a la vez, la condición de reclusión bajo la autoridad del Estado, impone en éste la carga de garantizar el goce efectivo de dimensiones básicas y mínimas de los derechos fundamentales, de forma inmediata e inaplazable, a pesar de que en ocasiones se impongan gastos. Hay ciertas condiciones de indignidad que un estado respetuoso de la Carta Internacional de Derechos no puede, bajo ninguna circunstancia justificar. Por supuesto, la ausencia de capacidad económica es uno de esos argumentos que no puede justificarse para desconocer los mínimos de respeto más básicos que merece un ser humano.*”



**Assim como a Colômbia, o Brasil também vem passando por sistemáticas violações de direitos humanos fundamentais nos diversos setores de suas sociedades. No tocante à situação das penitenciárias e dos encarcerados, particularmente, observa-se que atingimos um nível limite em que a necessidade de o Estado atuar com urgência e efetividade é primordial.**

reconheceu o sistema carcerário na mesma situação devido a falhas na condução e desenvolvimento de políticas criminais, falta de recursos financeiros, indistinção no encarceramento de pessoas indiciadas e condenadas e também falhas no combate ao encarceramento.<sup>42</sup>

Mesmo havendo críticas à adoção desse instituto pelas cortes superiores, seu emprego encontra embasamento não só jurisprudencial, mas constitucional.<sup>43</sup> No caso colombiano, dentre as normas constitucionais que legitimam o uso do ECI pode-se elencar a outorga dada à Corte Constitucional da guarda e proteção da integridade da Constituição, a proteção do estado social e democrático de direito que obriga o poder público a responder às demandas sociais, a primazia dos direitos humanos e o cumprimento das obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos fundamentais.<sup>44</sup> Já no caso brasileiro, encontra-se com similaridade na Constituição de 1988 aquilo que foi referido como normas constitucionais da Colômbia. A título de exemplificação, o artigo 1º, inciso III que elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o artigo 102 que dispõe da competência do STF da guarda da Constituição, o artigo 4º, inciso II pelo qual o Brasil assume compromisso da prevalência dos direitos humanos, o artigo 5º com seu extenso e não exaurível rol de direitos e garantias fundamentais, dentre outros.

Assim como a Colômbia, o Brasil também vem passando por sistemáticas violações de direitos humanos fundamentais nos diversos setores de suas sociedades. No tocante à situação das penitenciárias e dos encarcerados, particularmente, observa-se que atingimos um nível limite em que a necessidade de o Estado atuar com urgência e efetividade é primordial. Assim, através da ADPF 347 buscou-se que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse

[...] o “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.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762-15.

<sup>43</sup> Criticando o caráter ativista da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal à respeito da adoção do Estado de Coisas Inconstitucional, conferir: STRECK, 2015.

<sup>44</sup> BUSTAMANTE, 2011, p. 10.

<sup>45</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal.

A situação evidenciada na ação no STF permite uma análise conjunta à situação dos cárceres colombianos. Não só por causa do conceito jurídico utilizado pelos tribunais, mas também pela situação vivenciada após as decisões desses. Observa-se no Brasil uma situação extremamente grave diante de uma atitude estatal ineficaz. Na Colômbia, apesar de algumas melhorias, percebemos que 20 anos após a tese do ECI a situação de superlotação das prisões e suas condições sub-humanas revelam-se preocupantes. Conforme dados do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o número de encarcerados nas prisões supera em 55% o número de vagas existentes.<sup>46</sup> Assim, desde já, importa-se dizer que as decisões no tocante as questões de encarcerados, num aspecto realístico, substanciam-se dum simbolismo.

A previsão da carta magna colombiana aproxima-se em muito da brasileira no tocante à garantia de direitos fundamentais. Como já foi dito, há uma especial primazia dos direitos humanos na Colômbia, devendo os direitos constitucionais estarem de acordo com esses. No Brasil, a especial recepção no texto maior dos tratados de direitos humanos, garante-lhes hierarquia constitucional e ainda permite uma hermenêutica ampla e garantista de direitos humanos fundamentais, não adstringindo o intérprete àqueles positivados na carta magna.

No entanto, apesar de toda a preocupação constituinte em dar efetividade a tais garantias, verifica-se que os direitos consagrados na carta colombiana constituem letra morta. É amplamente aceito e conhecido no âmbito do direito criminal que a pena assume uma múltipla função: ressocializadora, preventiva e retributiva. Observa-se o descumprimento sistemático da preocupação em tornar real a ressocialização de modo que as prisões se tornam depósitos de pessoas em que o Estado tem atuado apenas em situações limite. Assim, diante de condições sub-humanas e ausência dos entes estatais, abre-se espaço para o fortalecimento de facções que verdadeiramente institucionalizam a corrupção, a extorsão e a violência nesses ambientes, predominando a lei do mais forte.

Outro motivo para necessidade de uma atuação proativa do Estado é o fato de os encarcerados constituírem um grupo de pouca voz, abandonados do debate social e marginalizados da preocupação da

<sup>46</sup> Colômbia: os desafios humanitários de 2016.

sociedade que, muitas vezes, apenas lembra-se deles como forma de exigir do Estado uma justiça impregnada de populismo punitivo. A democracia plural, objetivo fundamental do Constitucionalismo latino-americano, não abre espaços para tirania da maioria. Isso acontece porque o direito internacional (através do princípio da solidariedade, por exemplo) e os direitos humanos asseguram aos restritos de voz social direitos fundamentais que devem ser preservados pelo Estado.

Assim, firma-se o entendimento de que às cortes constitucionais cabe a incumbência de zelar pelas garantias fundamentais, exercendo, se necessário, um papel contra majoritário e impondo-se, desse modo, até mesmo um limite às maiorias. Nesse sentido, objetivando dar efetividade a prevalência dos direitos humanos em sua ordem constitucional, a corte colombiana enumerou diversas medidas a serem tomadas ativamente por diversos entes do Estado. Por exemplo, a comunicação do ECI aos presidentes da Câmara, da República e do Senado, da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça, solicitar um plano do Ministério de Justiça em até três meses para reconstrução dos cárceres a fim de dar condições dignas aqueles que ali estão sob vista da *Defensoria del Pueblo*, dentre outros.

Diante dessa decisão, a Corte reafirmou o princípio da dignidade humana como pedra angular de seu sistema jurídico. Ressaltou o egrégio tribunal que, ainda que o estado democrático de direito abra exceções ao direito à liberdade, seu cerceamento deve garantir uma vida digna e o não fazer do Estado acarreta sua responsabilidade. Assim, no tocante a questão carcerária, o uso da dignidade nesse tribunal é bem ilustrado na síntese de Luís Roberto Barroso<sup>47</sup>:

É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável.

Entendendo a dignidade humana como valor objetivo do sistema jurídico, a questão do encarceramento também afeta o Brasil de modo particular. É notório para toda a sociedade o descumprimento e omissão sistemáticos do poder público, em seus diversos órgãos e

<sup>47</sup> BARROSO, 2012, p. 77.

poderes, de suas funções constitucionais, caracterizando-se assim o estado de coisas inconstitucional. No pedido da ADPF 347, melhor não seria a definição do que são as prisões brasileiras: masmorras medievais.

A violação de direitos fundamentais é quase uma regra quando se pensa em nosso sistema penitenciário e a decisão do STF, diante de tal situação, objetivou transformar tal realidade. A síntese da postura ideal a ser tomada pela corte é precisa nas palavras do ministro relator Marco Aurélio:

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.<sup>48</sup>

Assim, diante da ação, o Supremo proibiu o poder executivo de fazer o contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional e determinou que juízes e tribunais realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, possibilitando o comparecimento do preso à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Além disso, informar às autoridades do poder público para que tomem medidas cabíveis, firmando-se, assim, o entendimento de que o sistema carcerário brasileiro é de responsabilidade conjunta de diversos órgãos estatais e que a solução desses problemas somente seria efetiva diante dum pacto federativo de comprometimento com tal problemática.

Passados dois anos diante da decisão do Supremo Tribunal Federal e dezenove anos da Corte Constitucional da Colômbia, percebe-se que os efeitos de suas sentenças estão carregados de certo simbolismo. Não que o mérito pudesse ter sido distinto, afinal, o papel desses tribunais é zelar pela guarda da Constituição e dos direitos fundamentais, mas a situação permanece dotada de inefetividade.

<sup>48</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal.

Na Colômbia, na Sentencia T-762, em 2015, a Corte reafirmou a existência de um Estado de coisas inconstitucional e fez severas críticas à política criminal de seu país, com traços nitidamente populistas e punitivistas.<sup>49</sup>

Observa-se que a legislação penal tem, durante anos, ganhado um caráter de endurecimento de suas penas. Essa manifestação é fruto de uma sensação de impunidade que move as massas a pressionar o Estado com o intuito de que esse atue de forma ativa a fim de promover mais bem-estar social. No entanto, essas transformações de um populismo punitivo entram em conflito com as constituições tanto no Brasil quanto na Colômbia que são eminentemente garantistas, solidárias e democráticas.

Para explicar essa inefetividade, remete-se a tese de Marcelo Neves. Ao analisar o conceito de Kindermann, Neves relata que o surgimento de leis dotadas de simbolismos assume um caráter de álibi porque é uma forma de reconquistar da sociedade a confiança no Estado. Assim, mesmo diante de sua completa inefetividade jurídica, a lei faz com que os reclames populares sejam contidos como forma de os políticos-legisladores se eximirem de sua responsabilidade ou mesmo mostrarem que o Estado é sensível à voz e as necessidades populares.<sup>50</sup>

Observando a atual situação desses países, percebe-se que as decisões a respeito do instituto do ECI têm valor constitucional sólido, devidamente amparados na necessidade de garantir no âmbito interno a universalização de direitos fundamentais e a prevalência dos direitos humanos, compromissos esses que são afirmados em nível internacional. No entanto, tais sentenças têm alcance limitado, seja pelos limites impostos pela jurisdição constitucional, seja pela necessidade de interesse público coletivo para solução da problemática. Por fim, de modo geral, analisa-se o simbolismo da decisão como uma forma de os tribunais mostrarem seu empenho em zelar pelos valores constitucionais, em especial, a dignidade da pessoa humana e também pressionarem os órgãos estatais a cumprirem suas funções.

<sup>49</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762/2015.

<sup>50</sup> NEVES, 1994, p. 37.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desse trabalho, observamos que a dignidade da pessoa humana constitui conceito que remonta a tempos antigos e que passou por diversas transformações ao longo dos tempos, solidificando-se o entendimento de que é um valor inerente ao ser humano e que não pode lhe ser reduzido. Como marco contemporâneo, podemos atribuir o surgimento do direito internacional dos direitos humanos, o pós II Guerra Mundial e a emergência filosófica do pós-positivismo como elementos essenciais para consagração da dignidade da pessoa humana nos documentos jurídicos de todo o mundo.

No tocante ao movimento do constitucionalismo latino-americano, observamos seu caráter revolucionário, fruto da pressão de movimentos sociais e sociedade civil que anseiam por um Estado fundamentado num pluralismo político, igualdade, bem-estar e justiça social. Percebeu-se que a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais e a especial incorporação de tratados de direitos humanos em sua ordem jurídica interna é um dos pontos e grande relevância na caracterização desse constitucionalismo comum.

Por fim, observou-se que, apesar de Estados como o Brasil e a Colômbia elegerem em seus textos magnos especial respeito e primazia à dignidade da pessoa humana e desenvolverem em sua jurisprudência entendimento firme de respeito aos direitos fundamentais, na prática, o que predomina é o simbolismo de suas decisões. No caso da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, muitos anos se passaram e a situação não foi solucionada pelo poder público da Colômbia. Aliás, em alguma medida, pode-se dizer que o caminho de agravamento da violação de direitos fundamentais é ascendente. Nesse sentido, percebe-se que, nesse caso, o constitucionalismo latino-americano tem tido atuação insuficiente em garantir a dignidade humana e direitos fundamentais.

Decerto, ainda há muito o que pesquisar e desenvolver nessa temática, mas já é possível perceber a importância do estudo crítico do constitucionalismo latino americano e das decisões das Supremas Cortes para a concretização da dignidade da pessoa humana.

**[...] apesar de Estados como o Brasil e a Colômbia elegerem em seus textos magnos especial respeito e primazia à dignidade da pessoa humana e desenvolverem em sua jurisprudência entendimento firme de respeito aos direitos fundamentais, na prática, o que predomina é o simbolismo de suas decisões.**

## REFERENCES

- AQUINO, Tomás de. *Suma de teologia*. Tradução José Martorell Capó.  
4 ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- ÁVILA, Flávia de. *Direito e direitos humanos: abordagem histórico-filosófica e conceitual*. Curitiba: Appris, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BOLÍVIA. *Nueva Constitución Política Del Estado*(2009). Disponível em: <<http://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/>>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 26*. 27 de novembro de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm)>. Acesso em: 15 de maio de 2017.
- BUSTAMANTE, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 108f. Dissertação em Estudos Políticos. Faculdade de Ciência Política e Relações Internacionais. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- COLOMBIA. *Constitución Política de Colômbia* (1991). Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 27 de maio de 2017.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Colômbia: Os desafios humanitários de 2016*. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/colombia-os-desafios-humanitarios-de-2016#detenidos>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-208/15*. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-208-15.htm>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-388/13*. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-762/2015*. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

ECUADOR. *Constitución de la Republica del Ecuador* (2008). Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, v. 3, n.1, 2011, p. 69-80,.

MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 119-143, 2009. 2ª ed.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 59-87.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Edição bilingüe, Lisboa: Edições 70. LDA, 2008.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Fábio Côrrea Souza de; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O Novo Constitucionalismo Latino-americano. In: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas. *Desafios da Constituição: Democracia e Estado no Século XXI*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011. p. 337-338.



OLIVEIRA, Luciano. *10 lições sobre Hannah Arendt*. Petrópolis: Vozes, 2012.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta constitucional*, v. 48, p. 307-328, 2011.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. O processo constituinte venezuelano como marco do novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 43-57.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Consultor Jurídico: Senso Incomum, v. 24, 2015. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#\\_ftnref3](http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftnref3)>. Acesso em 19 de agosto de 2017.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (1999). Disponível em: <[http://www.cne.gov.ve/web/normativa\\_electoral/constitucion/indice.php](http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php)>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANTOS, Helena Maria Pereira; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana R. D.; CHAGAS, Tayná T. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 4, p. 2596-2612, 2015.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 105-118, 2009. 2ª ed.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-43.