

JULIO CESAR DO NASCIMENTO

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO
E O ESTADO DAS COISAS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA LINGUAGEM
JURÍDICA**

Dissertação de Mestrado

**Orientadora: Professora Associada Doutora Elza Antonia Pereira Cunha
Boiteux**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

JULIO CESAR DO NASCIMENTO

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO
E O ESTADO DAS COISAS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA LINGUAGEM
JURÍDICA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos Humanos, sob a orientação da Professora Associada Doutora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Nome: NASCIMENTO, Julio Cesar.

Título: O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o estado das coisas: limites e possibilidades da linguagem jurídica

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Aprovado em: São Paulo, ____ de _____ de 2020.

Presidente: _____

Prof^a Associada Dr^a Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo

Membros:

Prof^a. Dr^a _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^a. Dr^a _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio, para fins de estudo e pesquisa desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NASCIMENTO, JULIO CESAR

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO E O ESTADO DAS COISAS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA LINGUAGEM JURÍDICA ; JULIO CESAR NASCIMENTO ; orientadora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux -- São Paulo, 2020.

135 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direitos humanos. 2. Sistema penitenciário. 3. Estado de coisas inconstitucional. 4. Linguagem jurídica. 5. Direito Constitucional - Brasil. I. Boiteux, Elza Antonia Pereira Cunha, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

À professora Dr^a Elza Boiteux que enquanto mestre me proporcionou novos olhares sobre o direito e como ser humano foi sensível as dificuldades de um estudante itinerante que tinha o sonho de se tornar mestre pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

À banca de qualificação formada pela professora Eunice Aparecida de Jesus Prudente e pela advogada Adriana Nunes Martorelli que através das valiosas considerações muito me auxiliaram na condução desse trabalho.

Aos professores, funcionários e estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que me proporcionaram nesses quase três anos de viagens desde Maringá (Paraná) um universo de novos conhecimentos e possibilidades.

Aos amigos de PAE (Programa de Aperfeiçoamento do Ensino), Lucas, Roberto, Andre, Misaac, Julia, Liz e Ana pelos conhecimentos compartilhados durante as produtivas monitorias.

Aos amigos Luiz Felipe, Márcia e Fernando pela solidária companhia durante essa jornada.

À minha companheira de vida, minha esposa, pela paciência e por me ajudar carinhosamente a ser uma pessoa melhor.

As palavras são especulativas, e toda a interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito que caracterizaria o dogma.

(Lênio Streck)

RESUMO

NASCIMENTO, Julio Cesar. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o estado das coisas: limites e possibilidades da linguagem jurídica. 2020. ____ fls. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A violação massiva de direitos humanos nos cárceres brasileiros é fato público e notório que atinge toda a sociedade brasileira há no mínimo uma década. Diante dessa reiterada omissão o poder judiciário vem expandindo sua jurisdição sob o argumento de efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido a dissertação tem por objetivo analisar um fruto desse movimento que é a técnica / teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. A medida que foi incorporada no sistema penitenciário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015 através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 é apontada por parte da doutrina e pelo próprio STF como um instrumento apto a transformação estrutural de crises sociais. Procuramos assim descrever o cenário jurídico que originou o instituto na Corte Constitucional Colombiana, seus parâmetros de configuração, e ainda a influência histórica dos litígios estruturais da Suprema Corte dos EUA. Por fim, considerando a centralidade da linguagem em relação ao fenômeno jurídico buscamos estudar em que medida a incorporação do ECI submetida a doutrina de John Austin pode ser considerada um performativo infeliz, ou ainda, de acordo com o magistério de Marcelo Neves se aproximaria de uma judicialização simbólica.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Estado de Coisas Inconstitucional. Direitos Humanos. Linguagem jurídica. Judicialização simbólica.

ABSTRACT

NASCIMENTO, Julio Cesar. The unconstitutional state of affairs in the prison system and the state of affairs: limits and possibilities of legal language. 2020. ____ fls. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The massive violation of human rights in Brazilian prisons is a public and notorious fact that has affected the whole of Brazilian society for at least a decade. Face with this repeated omission, the judiciary has been expanding its jurisdiction under the argument of effective fundamental rights. In this sense, the dissertation aims to analyze a result of this movement that is a theory / technique of the Unconstitutional State of Affairs. The measure that was incorporated into the Brazilian penitentiary system by the Supreme Federal Court in 2015, through the Argument of Breach of Fundamental Precept 347, is pointed out by the doctrine and by the STF itself as an adequate instrument for the execution of social crises. We thus seek to describe the legal scenario that originated the institute at the Colombian Constitutional Court, your configuration parameters and also a historical influence of the litigation related to the US Supreme Court. Finally, considering the centrality of language in relation to the legal phenomenon, we seek to study the extent to which the ECI incorporation submitted to the doctrine of John Austin can be considered an unhappy performative, or even, according to the teaching of Marcelo Neves, to approach a symbolic judicialization.

Keywords: Supremo Tribunal Federal. Supreme Court. Brazil. Unconstitutional State of Affairs. Human rights. Legal language. Symbolic judicialization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI ou Adin	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
EUA	Estados Unidos da América
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEP	Lei de Execução Penal
NAACP	National Association for the Advancement of Colored People
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	18
1. A concepção da tese do Estado de Coisas Inconstitucional	18
2. Os requisitos de configuração do Estado de Coisas Inconstitucional.....	21
3. A influência dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos na idealização do Estado de Coisas Inconstitucional	25
3.1. Brown v. Board of Education of Tokepa (1954).....	26
3.2. Segunda opinião sobre Brown v. Board of Education of Tokepa (1954), Brown II	29
3.3. A resistência social e a política da ‘question doctrine’.....	31
3.4. Litígios estruturais no sistema penitenciário norte-americano	33
3.5. Um diferencial do Estado de Coisas Inconstitucional em relação aos litígios estruturais.....	36
4. O papel da Corte Constitucional Colombiana na proteção de direitos humanos e fundamentais.....	39
5. A ação de tutela e a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	42
CAPÍTULO II – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	45
1. Os influxos do neoconstitucionalismo na incorporação do estado de coisas inconstitucional	46
2. O Estado de Coisas Inconstitucional como modalidade de ativismo Judicial.....	49
3. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal que permearam a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	347
4. Aproximações e distinções entre a Corte Constitucional Colombiana e o Supremo Tribunal Federal.....	64
CAPÍTULO III - A LINGUAGEM JURÍDICA: LIMITES E POSSIBILIDADES.....	68
1. Os limites da linguagem e as novas possibilidades a partir da virada lingüística	69
2. A expansão discursiva da jurisdição constitucional do STF na cautelar da ADPF 347 e a ausência de paralelismo com a CCC.....	81
3. Um estado de coisas entre o performativo infeliz e a judicialização simbólica.....	95
3.1. A ADPF 347 como espécie de performativo infeliz.....	105
3.2. O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e a judicialização simbólica	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
ANEXOS	131

INTRODUÇÃO

Há um escandaloso déficit social no Brasil. Ficamos muito distantes de implementar aqui o denominado estado de bem estar social (*welfare state*). Segundo recente estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) estamos entre os países mais desiguais do mundo.¹ Essa desigualdade a despeito de não causa única e ontológica da criminalidade, soma-se a outras mazelas nacionais como o racismo estrutural,² a seletividade do sistema penal e a morosidade processual proporcionando uma massificação do encarceramento sem a implementação de direitos humanos no setor ou mesmo uma correspondente redução dos índices de violência.

O olhar histórico sobre o tema também nos fornece elementos de que a passagem da prisão cautelar para a prisão como consequência principal de um processo penal condenatório até hoje tem falhado. Consoante demonstrado por Foucault³ naquele momento histórico de transição houve forte resistência a prisionização, pois, para muitos o modelo era caro, inútil a sociedade, mantenedora dos vícios e ócio dos condenados, desprovida de efeito sobre o público, enfim, um exercício da tirania estatal.

Os tempos atuais demonstram que essas inquietações históricas estão longe de serem ultrapassadas, e a débil atuação do Poder Público torna possível que seculares críticas se transformem em crônicos problemas. Nesse sentido, a

¹ Nesse sentido cf. o estudo de SOUZA, P. H. G.; MEDEIROS, M. **The Concentration of Income at the Top in Brazil, 2006-2014**. Working Paper, n. 163. Brasília: Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG), 2017.

² No ponto destacamos a triste evidência de que na sociedade brasileira um dos únicos locais em que se pode falar numa 'democracia racial' efetiva é na prisão, na medida em que há inclusive sobre-representação de negros e pardos (64%) em relação ao percentual populacional brasileiro (54,0%). São inúmeros os estudos nesse sentido, corroborando ainda a correlação entre o racismo e encarceramento em massa. Sobre o tema cf.: PESSOA, Sara de Araújo; LIMA, Fernanda da Silva. **Racismo e política criminal: uma análise a partir do Documentário 13th – 13ª Emenda**. Revista Thesis Juris - RTJ, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 275-294, jul./dez. 2019. <https://doi.org/10.5585/rtj.v8i2.10763>. E também: ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo, 2018.; CONCEIÇÃO, Isis Aparecida. **Justiça Racial e a Teoria Crítica Racial no Brasil**. IN Direitos Humanos, Democracia e Justiça Social, Org. Auad, Denise e Oliveira, Bruno da Costa. S Paulo: Letras Jurídicas, 2017, p. 167-203.

³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

ausência de recursos humanos, o não fornecimento de alimentação adequada, de pratos⁴, de uniformes, o não oferecimento de postos de trabalho, e o precário acesso a saúde, dentre outras, são condições que acabam impactando toda a sociedade. Isso porque, a despeito do imaginário popular inexistente o isolamento absoluto⁵, e como bem destacou o ilustre ministro Luis Roberto Barroso na ADPF 347:

Outra razão pela qual o sistema penitenciário é deletério para a sociedade é que os indivíduos muitas vezes agravam os seus crimes e as suas condutas para escaparem do sistema - como observou a professora Ana Paula de Barcellos. O sujeito sai para um furto, mas ele se torna, por exemplo, um homicida, porque o desespero de não ingressar no sistema faz com que ele muitas vezes se torne um criminoso mais perigoso. Então, essa é a primeira observação que eu faria para esse diálogo com a sociedade. Não estamos apenas cuidando de direitos fundamentais de uma minoria; estamos cuidando de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que hoje em dia, em grau elevado, apavora a sociedade brasileira.⁶

De outra via, o Poder Público por não atender a direitos básicos passa a institucionalizar a concessão de regalias generalizadas em detrimento da própria segurança, organização e disciplina dos estabelecimentos. Assim, é fato público a permissão do fornecimento de alimentos diversos, eletrônicos, roupas e até mesmo material de higiene. É um caos generalizado em detrimento da proporcionalidade, efetividade e individualização das penas, pois, e ao mesmo tempo em que é recorrente a falta de água em alguns estabelecimentos, simultaneamente é possível afirmar que um psicopata homicida pode comer mais

⁴ Nesse sentido conferir notícia sobre o sistema prisional do Piauí, vinculada no portal eletrônico G1, disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2014/10/sem-pratos-refeicoes-de-presos-sao-servidas-em-sacos-plasticos-no-piaui.html>>

⁵ Visando ilustrar a questão para o público quem não tem acesso ao sistema penal utilizamos o seguinte exercício: Inexiste e é constitucionalmente vedada a incomunicabilidade dos presos. Desse modo, semanalmente em todo o país os detentos recebem visitas, seja do cônjuge, convivente, filhos e outros familiares, além de manter o contato diário com os servidores que ali exercem sua função. Então, suponha-se o caso não raro de um indivíduo recluso acometido de tuberculose, sequer diagnosticada ou indevidamente tratada. Esse preso poderá transmitir a doença para seu filho visitante, que além de ser vítima da doença, poderá muito provavelmente ao frequentar uma creche ou uma escola ou mesmo um parque público, transmitir a doença retroalimentando um ciclo vicioso.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto Ministro Luis Roberto Barroso, p. 70. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acessado em 26/02/2020.

barras de chocolate em um ano que uma pessoa em liberdade durante toda sua vida.⁷

Desse modo, ao contrário dos jargões utilizados por quem desconhece a complexidade do sistema a vexatória omissão estatal nos presídios na verdade fortalece o crime organizado que coopta grande parte do público carcerário ao fornecer proteção ou mesmo itens básicos sonegados pelo Estado em troca de 'favores' como a prática de atos ilícitos interna e externamente. Assim, não é incomum que crimes sejam comandados de dentro das prisões⁸, e muitas vezes os familiares dos detentos são coagidos a praticarem delitos como o tráfico de drogas ou mesmo a se prostituírem. Sobre o tema o destacamos o consciente e ainda atual relato de Luiz Fernando Correa da Rocha, na CPI – Sistema Carcerário Brasileiro, a época, Presidente da Federação Brasileira dos Servidores do Sistema Penitenciário:

Prostituição, há, com certeza, há nos presídios. Muitas vezes, a namorada começa a passar para outro preso e assim ela vai visitando um, dois, três. Até para passar informações, começa a visitar vários presídios. A prostituição há dentro dos presídios. Todo mundo sabe disso. A preocupação que nós temos em relação ao assunto da prostituição não é aquela pessoa que vai lá, com idade, já sabe o que é a vida, como diz, ela está disposta àquilo ali. O problema nosso são essas crianças que estão sendo encaminhadas para a prostituição dentro do presídio. Essa é a nossa preocupação. Porque entra lá uma criança de 8 ou 10 anos e vê aquilo que está acontecendo. Quando ela tiver 12, ela já está sendo... Porque o preso também é pressionado lá: 'Ó, tua filha é bonitinha. Passa para cá, senão acontece alguma coisa contigo ou com a tua família na rua'. Quando vê, ele é obrigado a entregar a filha ou o filho para um outro preso. Isso é normal. Seria inocência nossa achar que isso não acontece. Então, há essa preocupação de separar as visitas, dar um local adequado, principalmente para as crianças. Como também há crianças presas, no Rio Grande do Sul, dentro do presídio feminino. Nós

⁷ A leniência do Poder Público é infelizmente institucionalizada na maior parte dos Estados do país. No anexo desse trabalho a título exemplificativo acostamos informativo sobre o tema do Departamento Penitenciário do Estado do Paraná (DEPEN-PR) orientando o fornecimento de materiais diversos, com destaque para a quantidade de itens supérfluos, como doces, chocolates, dentre outros.

⁸ Os exemplos mais emblemáticos nesse sentido foram os ataques do grupo criminoso denominado Primeiro Comando da Capital (PCC) em maio de 2006, quando dezenas de agentes públicos dentre policiais civis, militares e policiais penais foram assassinados, além de centenas de civis, e também de rebeliões simultâneas em 74 estabelecimentos penais do referido Estado. Sobre o tema conferir o trabalho de: MARINHO, Glaucia **Democracia e crime organizado: os poderes fácticos das organizações criminosas e sua relação com o Estado**. Glaucia Marinho, Lena Azevedo, Sandra Carvalho, Josmar Jozino, Fausto Salvadori. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich. Böll, 2019.

temos lá, se não me engano, 30 crianças, piázinhas lá, de 3 a 4 anos de idade, que estão presas desde que nasceram. E tem muitos deles que nem conhecem o que é rua, que ficam na grade ali, pendurados na grade.⁹

Outra dificuldade recai sobre os próprios indicadores do sistema prisional, pois esses quando existentes, não raramente trazem consigo alguns males congênitos como inconsistências e obscuridade metodológica. Não há um sistema informatizado e compartilhado que permita-nos uma compreensão exata da realidade carcerária. A título de exemplo, segundo auditoria coordenada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sequer o custo mensal de cada preso é conhecido pelos Estados.¹⁰ Ainda assim, em conformidade com o raciocínio de André Giamberardino concluímos que: “com maior ou menor grau de atualização e confiabilidade, todos os bancos de dados apontam para um padrão grave de ao menos três décadas de crescimento acelerado do número de pessoas presas no Brasil”.¹¹

Desse modo, nas prisões do Brasil há um cotidiano descompasso entre a Constituição e a realidade. Nesse abismo de anomia jurídica nosso país avança com mais de setecentos mil presos para o incremento do encarceramento em massa. Sustentamos atualmente a não muito orgulhosa terceira posição em termos de maior população carcerária do planeta. Por sua vez a superlotação se mantém¹², e é indubitavelmente um aspecto central da crise penitenciária na

⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro**. CPI – sistema carcerário brasileiro [recurso eletrônico]. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. – (Série comissões em ação ; n. 57 PDF). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/31899>> Acesso em: 10/05/2019

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Comunicação (Secom). **Realidade prisional: auditoria mostra que o custo mensal do preso é desconhecido em vários Estados**. 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/realidade-prisional-auditoria-mostra-que-o-custo-mensal-do-preso-e-desconhecido-em-varios-estados.htm>> Acesso em: 20 jan 2020

¹¹ André Giamberardino. TRIBUNA DA DEFENSORIA. **Encarceramento em massa e os terraplanistas do Direito Penal**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/tribuna-defensoria-encarceramento-massa-terraplanistas-direito-penal>> Acesso em: 20 jan 2020

¹² Em conformidade com último levantamento nacional de informações penitenciárias o atual déficit ultrapassa 300 mil vagas. Cf. BRASIL. DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016** / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes->

medida em que além de provocar a supressão de direitos correlatos, aumenta a força do crime organizado, gera a fragilidade da segurança por conta dos escassos recursos humanos e, por conseguinte, incrementa exponencialmente a violência.¹³ E, essa violência atinge não apenas os presos, mas, também seus familiares (crianças, adolescentes, idosos) e de forma demasiadamente grave os servidores públicos atuam nesse ambiente.¹⁴

A temática demanda seriedade, e, portanto, não se coaduna com bravatas, chavões, visões estigmatizadas, superficiais, ou em última análise, verdadeiramente desinteressadas. A criação de um inimigo interno numa sociedade pós-moderna que tem experimentado um incremento sem precedentes da complexidade de suas relações sociais em nada contribui na superação do fenômeno criminal. Na contemporaneidade a pasteurização das diferenças por si é uma violência, a qual se alia a outras agressões diuturnas, como a violência institucional, física, ambiental, virtual, criminal e econômica num processo de vilipêndio da cidadania¹⁵, consolidando um ambiente compreendido como sociedade de risco tal qual preconizado por Ulrich Beck.¹⁶

penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 10 jan 2020

¹³ Nesse sentido, segundo infográfico elaborado pelo G1 com base em dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal ocorreram apenas no ano de 2016 um total de 379 (trezentos e setenta e nove) mortes violentas registradas dentro dos presídios. Outrossim, apenas em janeiro de 2017 foram 133 (cento e trinta e três) mortes violentas em 15 dias. Em janeiro de 2018 o país inicia novamente uma escala de violência com 9 (nove) mortos e 99 (noventa e nove) foragidos. Em julho de 2019 temos mais 57 (cinquenta e sete) mortes violentas numa unidade prisional no estado do Pará. Sobre a questão conferir as notícias: <https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>; <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1947382-rebeliao-termina-com-detentos-mortos-e-feridos-em-presidio-de-goias.shtml>>; <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/rebeliao-deixa-52-mortos-em-presidio-no-interior-do-para.shtml>>

¹⁴ São abundantes os estudos que demonstram os efeitos negativos desse ambiente de trabalho que são potencializados com a precariedade de investimentos no setor. A título de exemplo destacamos o trabalho de Rafael Albuquerque e Magda Dimenstein no qual se conclui com acerto que: Agentes penitenciários e seus familiares têm suas vidas marcadas pelo medo, insegurança e tensão, com a consequente diminuição das atividades sociais e de lazer em espaços públicos. Desse modo, produz-se uma existência passiva, despotencializada, atravessados por afetos tristes, materializando um modo de vida marcado pela redução das possibilidades de vida e submetido a estratégias de controle que operam agora a céu aberto. Cf. FIGUEIRO, Rafael Albuquerque; DIMENSTEIN, Magda. **Controle a Céu Aberto: Medo e Processos de Subjetivação no Cotidiano de Agentes Penitenciários**. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 38, n. spe2, p. 131-143, 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932018000600131&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Feb. 2020. <https://doi.org/10.1590/1982-3703000212193>.

¹⁵ E sobre o tema entendemos que a sociedade contemporânea precisa ressignificar a relação

Nesse sentido o discurso de ódio a segmentos da população, ainda que autores de crimes, desacompanhado de medidas efetivas para diminuir os índices de violência (como o próprio controle do sistema prisional) é manifesta hipocrisia, e tem outros objetivos que não a resolução do problema, tais como: a canalização de frustrações pessoais diante da incapacidade em lidar com a situação; a manipulação da opinião pública; a ampliação do direito penal simbólico; o descrédito das instituições democráticas; e o favorecimento de postura autoritárias¹⁷ e da violência, inclusive contra as próprias forças policiais.¹⁸

A omissão deliberada do poder executivo em adentrar a tais problemáticas desemboca numa cultura do medo que direciona a penalização para a satisfação de interesses individuais, revanchismos, uma justiça de holofotes que faz ceder o cumprimento das leis e da Constituição em prol de uma suposta e volátil satisfação popular. Aqui registramos o alerta de Michele Taruffo que salutarmente assevera que o fato do ambiente social aceitar decisões erradas ou injustas sob determinadas condições ou rituais não elimina seu erro ou sua injustiça.¹⁹ Semelhantemente Bobbio ao discorrer sobre o exercício poder punitivo do Estado traz ensinamentos pertinentes, afirmando:

O Estado não pode colocar-se no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria. O Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional. Também ele tem o dever de se defender. Mas é muito

entre seus membros, para que na esteira do pensamento de Hannah Arendt, voltemos ao ideário de que o direito de ter direito decorre de nossa própria humanidade. Cf. ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

¹⁶ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona, Paidós, 1998.

¹⁷ No ponto, um olhar atento para manifestações totalitárias é salutar, pois, a radicalização dos discursos extremistas já serviu de base para as maiores atrocidades vividas pela humanidade através da banalidade do mal. Nesse sentido cf. ARENDT, **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

¹⁸ Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2019, um total de 343 policiais foram assassinados no país em 2018. Em se tratando do suicídio os números também são assustadores (104), e consoante destacado no anuário: 'o aumento significativo da taxa de suicídio desta categoria não é aleatório, muito pelo contrário, é o retrato de uma realidade perversa mantida por políticas públicas de segurança que tratam seus agentes principais como torniquetes de um sistema falido'. Cf.: SOUZA, E. L. ; OLIVEIRA, M. R. de . **Policiais: torniquetes da nação, até quando?**. In: ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA , v. 1, p. 52-54, 2019. Disponível em:< <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>

¹⁹ Nesse sentido o alerta de Cf. TARRUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Belo Horizonte: Oficina das Letras, 2012. p.129

mais forte do que o indivíduo singular e, por isso, não tem necessidade de tirar a vida desse indivíduo para se defender. O Estado tem o privilégio e o benefício do monopólio da força. Deve sentir toda a responsabilidade desse privilégio e desse benefício.

²⁰

Nessa perspectiva as alarmantes estimativas do setor associadas ao desprezo dos gestores públicos têm justificado e provocado fenômenos como a judicialização de políticas públicas e o ativismo judicial enquanto medidas de abrandar o distanciamento colossal entre os direitos constitucionais e a realidade social. Nessa altura dois pontos podem ser levantados: 1. Estaríamos diante de uma questão eminentemente jurídica, uma anomia na medida em que temos avançada legislação de execução penal?; 2. A questão está além da observância da legislação sendo necessário repensar todo o sistema atual de punição, principalmente por inexistir uma correlação entre aprisionamento e segurança pública?

Quanto a última reflexão, relevante estudo desenvolvido pela Sentencing Project, organização sediada em Washington que vem analisando o sistema de Justiça Criminal dos Estados Unidos por 30 (trinta) anos, demonstrou que é falaciosa a correlação imediata entre taxas de encarceramento e a diminuição da criminalidade, apontando Estados norte-americanos que mesmo aumentando as prisões não diminuíram a violência.²¹ Nessa esteira, longe de postularmos um abolicionismo irrefletido, é inevitável aceitar que nunca foi tão premente a necessidade de se pensar seriamente sobre o binômio custo X eficácia da prisão, mormente num país como o Brasil em que tantos setores sensíveis demandam massivo investimento de recursos. Segundo levantamento do TCU²² o país precisaria investir o montante absurdo de R\$ 97 bilhões em 18

²⁰ Cf. BOBBIO, Norbert. **A era dos Direitos.**; tradução Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²¹ Abordando a realidade norte-americana afirmam os autores: Our current incarceration rates come at a very heavy economic and social cost. If this were a necessary price to be paid for reduced crime, some might find it acceptable. But if the decline in crime is not largely attributable to mass incarceration, then these consequences become even more disturbing. Current policies have seen corrections expenditures increase to about \$40 billion per year, which inevitably means less money available for other areas of spending. Any marked downturn in the economy and/or political drive toward large tax cuts will require hard choices among areas of public investment. Cf: Mauer, Marc e Gainsborough, Jenni. **Diminishing returns: crime and incarceration in the 1990's. Washington, DC, Sentencing Project, september 2000.** Disponível em: <<https://www.prisonpolicy.org/scans/sp/DimRet.pdf>>

²²BRASIL. Tribunal de Contas da União TCU. **Relatório de Auditoria (RA) : RA 01804720181.** Relatora: Ana Lúcia Arraes De Alencar. Disponível em:

anos seguidos para extinguir o déficit de vagas prisionais, reformar unidades prisionais precárias e viabilizar seu pleno funcionamento. E aqui deve-se questionar se sociedade brasileira está disposta a direcionar seus limitados recursos para um sistema, altamente ineficaz como as prisões?

De todo modo, pelas limitações do pesquisador, nosso trabalho estaria mais direcionado à compreender a primeira reflexão, qual seja, as questões jurídicas que circundam o tema. E em certa medida esse complexo cenário foi profundamente questionado no ano de 2015 pela propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 no Supremo Tribunal Federal (STF), a qual, em sede de controle concentrado de constitucionalidade pretendeu introduzir no país a figura do Estado de Coisas Inconstitucional com objetivo precípuo de modificar estruturalmente nosso sistema prisional.

Desse modo, nos propomos a analisar alguns aspectos da referida ação pressupondo que a tessitura aberta do texto constitucional inclina-se a admitir o diálogo com a jurisprudência latinoamericana²³. A complexidade do assunto, contudo, nos impõe evidenciar as limitações da pesquisa, que na esteira de Warat, é o resultado de uma seleção arbitrária e fragmentada de informações, sendo inviável o esgotamento do tema.²⁴

Nesse caminho também a prudência é fundamental, pois “instituições legais não podem ser facilmente ‘importadas’ de um contexto para o outro. Elas precisam de um processo cuidadoso de implementação e cultivo no novo ambiente”.²⁵ Desse modo, aferir se foram acolhidos pelo STF os parâmetros do Estado de Coisas Inconstitucional na sua origem, qual seja a Corte Constitucional Colombiana (CCC), não é tarefa fácil.

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProcesso?num=01804720181>> Acesso em 27 jan 2020.

²³ Subsidiando essa percepção de abertura do texto temos as seguintes disposições constitucionais: Art. 4º Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.; e Art. 5º § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2019.

²⁴ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 7.

²⁵ DUTRA, Deo Campos. **Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

Conforme analisaremos mais detalhadamente, é sob os auspícios dos movimentos constitucionais no pós-guerra que se propicia uma reordenação das atividades do Poder Judiciário, abrindo-se espaço para uma atuação em questões limítrofes que tangenciam esferas de outros poderes. Nesse ínterim, surgem os denominados processos estruturais, em tese vocacionados a alcançar não mais um indivíduo, mas a coletividade mediante decisões que abarcam questões jurídicas e políticas. Para compreender esse processo se fez necessário repassar precedentes históricos que fundamentaram a atuação mais proativa do poder judiciário no campo de mudanças sociais e também refletir sobre os aspectos negativos dessa expansão jurisdicional.

Do mesmo modo julgamos pertinente a analisar a linguagem jurídica adotada no intuito de compreender a finalidade do ato decisório, pois, não raro decisões judiciais olvidando sua inerente limitação pretendem na esfera argumentativa suplantar a realidade dos fatos. Nesses casos, é possível que o Judiciário se aproximando de genuína esfera política, e, por conseguinte, tornando-se mais um poder com uma retórica descompromissada, que um agente transformador da realidade.

De qualquer maneira, é importante asseverar que todas as análises aqui produzidas não fomentam uma crítica pela crítica. Nossa abordagem é institucional e não pauperiza os elogiáveis esforços do STF através de seus membros no sentido de promover uma acurada interpretação constitucional. Desse modo, os questionamentos aqui expedidos buscam reconhecer que ainda que nossos empenhos estejam sempre direcionados ao acerto, muitas vezes, nossas falhas não tardam seu alarde. Por fim, modestamente pretendemos destacar algumas perspectivas colaborativas que podem ir ao encontro de uma maior eficácia do texto constitucional.

CAPÍTULO I - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

1. A concepção da tese do Estado de Coisas Inconstitucional

É possível afirmar que existe um consenso doutrinário sobre a origem da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Consoante a doutrina essa tem sua origem a partir do trabalho jurisprudencial desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia²⁶ e “ha sido uno dos aportes fundamentales del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia y la discusión internacionales sobre la protección de los derechos humanos”.²⁷

Nesse sentido a tese foi veiculada pela primeira vez quando da *Sentencia de Unificación (SU) – 559/1997*, momento em que a Corte Constitucional Colombiana, em apertada síntese, além de reconhecer o direito de professores municipais ao Fundo Nacional para Benefícios Sociais do Magistério, o que não vinha sendo feito pelo poder público, afirmou existir uma violação sistemática de direitos fundamentais sobre o tema, de modo que se estaria diante de um estado de coisas contrário à Constituição Política, um Estado de Coisas Inconstitucional.

Especificamente sobre o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional constou da referida *Sentencia de Unificación 559/1997*:

²⁶ Nesse sentido cf.: HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.; Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>; SCHINEMANN, Caio César Bueno. **Estado de Coisas Inconstitucional e Diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016. Disponível em: <<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/EstadodeCoisasInconstitucionaleDialogonoSupremoTribunalFederal.pdf>>

²⁷ GARAVITO, César Rodríguez. **¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento?** In Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia/coordinador César Rodríguez Garavito; Juan Carlos Guataquí ... [et al.]. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.²⁸

Desse modo, foi reconhecido um dever de colaboração da Corte para realização dos fins do Estado e assim uma imperiosa necessidade de comunicar os diferentes órgãos públicos que persiste uma situação violadora da Constituição Política. Tal a postura ainda visou evitar o abarrotamento judicial com a possibilidade de excessiva judicialização de ações de tutela caso os direitos violados fosse acionados individualmente.

E assim, a declaração do ECI se deu numa espécie de controle concentrado de constitucionalidade através do qual se declarou que:

[...] ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios

²⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación 559**. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso: 10 jun. 2019.

consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas.²⁹

Em tese sobre o tema Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma que 'o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, do ponto de vista empírico, prova a grande distância que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais solenes, e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social'.³⁰

Semelhantemente para Leonardo Garcia Jaramillo:

La doctrina de creación jurisprudencial del Estado de cosas inconstitucional surgió como respuesta judicial a La necesidad de reducir, en casos determinados, la dramática separación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social em um país tan particularmente garantista em sus normas como desigual em su realidad.³¹

Corroborando esse entendimento, Nicolás Páez sustenta:

La doctrina del ECI se instituyó como una solución que adopta el juez constitucional ante la constatación de que las causas de una desprotección generalizada de derechos fundamentales obedece a causas estructurales del Estado, frente a lo cual dicta órdenes a las autoridades administrativas tendientes a dar remedio a la situación inconstitucional y que obedecerán al entendimiento que el tribunal tenga sobre las fallidas o inexistentes políticas públicas que debería aplicarse para garantizar los derechos fundamentales violados.³²

²⁹ 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 colômbia**. Revista jurídica Mario Alario d'filippo. Universidad de Cartagena, 2011, volume 3, número 1, p. 69 – 80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/revista/21880/A/2011>>. Acessado em 11/10/2019

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional**. Tese de Doutorado. 2015. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito., 248f. p.90

³¹ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario* / México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p.188.

³² PÁEZ, NICOLÁS AUGUSTO ROMERO. **La doctrina del estado de cosas inconstitucional en colombia novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”**. Octubre 2012. Derecho Público Iberoamericano, N° 1, pp. 243-264 [octubre 2012].

Essas construções nos permite fazer um paralelo do tema com a acepção sociológica de Constituição trazida por Ferdinand Lassalle, para quem em síntese, a Constituição seria o somatório dos fatores reais de poder que lhe são subjacentes e quando não existe tal correspondência o texto magno não passaria de uma mera folha de papel. Nessa esteira, ressalvada as limitações de uma pretensa atualização do pensamento do autor, acreditamos que seria viável a ilação de que para Lassalle questões como o Estado de Coisas Inconstitucional não seria essencialmente um problema jurídico, mas antes uma questão de poder.³³ Por seu turno, o pensamento de Konrad Hesse reflete interessante contraponto a Lassalle, na medida em que segundo Hessena Constituição não é exclusivamente determinada pela realidade fática, mas pode ser também um instrumento de conformação desta. Desse modo segundo Hesse:

[...] a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.³⁴

A par de tais ilações, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser compreendida como uma técnica judicial de controle concentrado de constitucionalidade que se apresenta viável, excepcionalmente, quando configurado o reiterado, propositado e permanente descompasso entre a Constituição e a realidade social.

2. Os requisitos de configuração do Estado de Coisas Inconstitucional

Consoante salientamos a teoria do ECI foi inaugurada na *Sentencia de Unificación* 559/1997, contudo, requisitos mais pormenorizados para sua configuração apenas ocorreram na *Sentencia T-025/2004*, que abordou

³³ Cf. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

³⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em relação aos direitos das pessoas submetidas a deslocamentos forçados no país.³⁵

No referido julgado a Corte definiu que dentre os fatores levados em conta para ocorrência do ECI devem ser destacados os seguintes:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (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.

Desse modo, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional exige para além da dissonância entre a Constituição e a realidade, que essas distorções sejam qualificadas em síntese, pela a violação sistemática de direitos fundamentais de grupos significativos de pessoas através da ação ou omissão de todos os poderes do Estado demandando a necessidade de respostas complexas e coordenadas, evitando-se ainda um potencial congestionamento judicial.

Esses pressupostos apresentados pela CCC deixam evidente seu caráter excepcional, sendo a subsidiariedade, portanto mais requisito de sua configuração. Nesse sentido segundo Melina Fachin e Caio Schinemann, essa subsidiariedade pode ser dividida num aspecto interno e externo:

Do ponto de vista externo, busca-se provimentos desta natureza apenas quando os mecanismos políticos ordinários falharam de forma reiterada. Notadamente, quando a promoção de direitos por

³⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela 025**. 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> Acessado em 15/09/2019.

meio de políticas públicas oriundas do Executivo e do Legislativo não funciona ou quando se percebe a ausência de vontade política em concretiza-las. Do ponto de vista interno à decisão, a subsidiariedade se manifesta na primazia dos mecanismos dialógicos e flexíveis de implementação da decisão em detrimento dos mais gravosos. As intervenções mais profundas nas demais esferas de poder só serão legítimas acaso precedidas de tentativas de solução mais brandas e voltadas à busca do consenso.³⁶

Em acréscimo, configurado o ECI o Poder Judiciário é chamado para uma atuação não ortodoxa que tem por objetivo principal a modificação da realidade social. Assim, numa postura mais flexível e não necessariamente judicante a Corte Constitucional atua simultaneamente na execução, monitoração e coordenação de ações específicas e ainda na indução de políticas públicas capazes de superar tamanho bloqueio institucional que obsta a realização da Constituição.

Essas novas possibilidades intermediadas pelo ECI não deixam de sofrer variados questionamentos, mormente no que tange aos limites da atividade judicial. Abordando a questão Lyons, Monterroza e Meza defendem:

Esta figura no deja de ser controversial, puesto que rompe con los esquemas tradicionales de los efectos interpartes que caracterizan los fallos de tutela, teniendo en cuenta que en el marco de la declaratoria de un estado de cosas contrario a la Constitución, la Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país, adoptando decisiones que van más allá del caso concreto y exigiendo el trabajo en conjunto de diferentes autoridades públicas, con el fin de modificar una realidad que resulta abiertamente contradictoria a los principios constitucionales de un Estado Social de Derecho como el nuestro.³⁷

³⁶ FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. **Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais**. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 211-246, ago. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>>. Acesso em: 25 out. 2019. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>.

³⁷ 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 colômbia**. Revista jurídica Mario Alario d'filippo. Universidad de Cartagena, 2011, volume 3, número 1, p. 69 – 80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/revista/21880/A/2011>>. Acessado em 11/10/2019

Semelhantemente na doutrina brasileira temos autores que corroboram com a idéia de uma jurisdição mais flexível e voltada para a idéia de efetiva solução de problemas estruturais. Sobre o tema Didier, Zaneti e Oliveira afirmam:

Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo. Daí a necessidade de ser maleável com a regra da congruência objetiva externa.³⁸

Em acréscimo, vislumbra-se dentro da própria Corte Constitucional Colombiana uma modificação sobre a natureza das decisões abrangendo o ECI. Desse modo, enquanto que inicialmente na *SU 559/1997* temos comandos judiciais mais rígidos, a partir da *Sentencia T-025* temos decisões cada vez mais flexíveis, mistas ou plásticas. Esse movimento reflete a abertura da Corte para um processo dialógico, em tese, melhor vocacionado à resolução de questões estruturais.

Assim, devido a complexidade dos processos estruturais segundo parcela da doutrina seria necessária a superação do ativismo judicial clássico, com decisões rígidas e a adoção de um ativismo judicial dialógico, no qual deve-se prezar pela maior efetividade das decisões. Nesse sentido o entendimento de RODRÍGUEZ-GARAVITO, para quem:

Dialogic decisions tend to open a monitoring process that encourages discussion of policy alternatives to solve the structural problem detected in the ruling. Unlike monologic judicial proceedings, the minutiae of the policies arise during the course of the monitoring process, not in the judgment itself. Dialogic courts often issue new decisions in light of progress and setbacks in the

³⁸ In. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturantes.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

process and encourage discussion among actors in the case through deliberative public hearings.³⁹

Assim teríamos de fato verdadeira co-participação dos diferentes setores públicos e da própria sociedade na resolução da demanda trazida ao judiciário, e, nessa medida seriam inviáveis decisões extremamente rígidas, e, de outro lado, imprescindível um monitoramento contínuo da Corte acerca de sua efetividade.

Nessa toada, como efeitos dessa maturação destacam-se alguns procedimentos diferenciais desenvolvidos no ECI em relação à jurisdição comum, como a possibilidade de acompanhamento e a aferição da efetividade das decisões, além da realização de audiências públicas inclusive com as pessoas diretamente afetadas pela sentença. Temos ainda os autos de seguimento, que tem por objetivo acompanhar a efetivação de suas decisões judiciais, sendo possível inclusive instituir comissão específica para tal finalidade.

De todo modo, contemporaneamente o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional configura um marcante passo do Poder Judiciário no sentido de avançar sobre questões estruturais. E, no ponto não pode ser omitida a influência dos precedentes da Suprema Corte norte-americana sobre a criação do ECI, mormente o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* e seus consequentes conforme iremos discorrer na seção abaixo.

3. A influência dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos na idealização do Estado de Coisas Inconstitucional

O mérito do desenvolvimento da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional à Corte Constitucional Colombiana não impede a percepção de que muitos de seus elementos de formação tiveram influência dos denominados

³⁹ Cf. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. **Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America**. Texas Law Review. Texas, v. 89, p. 1669-1698, nov/2011.

litígios ou ações estruturais oriundas precipuamente da Suprema Corte norte-americana.

Nesse sentido nos Estados Unidos a partir da década de 50 chegam a Suprema Corte uma série de litígios que acabaram por promover mudanças significativas no alcance e interpretação de instrumentos jurídicos bem como na estrutura da sociedade. Esses processos restaram concebidos pela doutrina como ações estruturais.

Desse modo, no cotejo do ECI com os litígios estruturais é possível elencar uma série de elementos correlatos, como por exemplo, uma atuação bastante ativa do Poder Judiciário em temas ligados a direitos fundamentais, a adoção de tutelas judiciais bastante heterogêneas, a preocupação com a efetividade das decisões, a supervisão e controle da execução do julgado pelo próprio judiciário, dentre outros. E assim, passamos a discorrer acerca de tais institutos.

3.1. Brown v. Board of Education of Tokepa (1954)

A temática dos litígios estruturais surge a partir de uma série de ações dirigidas à Suprema Corte que tinham por plano de fundo a mesma questão fática, qual seja, o questionamento da segregação racial em escolas públicas dos Estados Unidos. Em sua originalidade o precedente dispõe que se tratava de quatro casos mais o distrito de Tokepa, os quais foram posteriormente reunidos para julgamento conjunto mediante o patrocínio jurídico da *National Association for the Advancement of Colored People* – NAACP.⁴⁰ Na oportunidade se destacou

⁴⁰ Nesse sentido, retratamos excerto do julgado: These cases come to us from the States of Kansas, South Carolina, Virginia, and Delaware. They are premised on different facts and different local conditions, but a common legal question justifies their consideration together in this consolidated opinion. In each of the cases, minors of the Negro race, through their legal representatives, seek the aid of the courts in obtaining admission to the public schools of their community on a nonsegregated basis. In each instance, they had been denied admission to schools attended by white children under laws requiring or permitting segregation according to race. This segregation was alleged to deprive the plaintiffs of the equal protection of the laws under the Fourteenth Amendment. Cf.: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brown vs.**

como paradigma o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), o qual teve por mérito a declaração de inconstitucionalidade (por unanimidade) da separação de estudantes brancos e negros em escolas públicas no país e o início das discussões acerca do ativismo judicial nos Estados Unidos.⁴¹

Sobre a importância do referido precedente Owen Fiss sustenta:

As a genre of constitutional litigation, structural reform has its roots in the Warren Court era and the extraordinary effort to translate the rule of *Brown v. Board of Education* into practice. This effort required the courts to radically transform the status quo, in effect to reconstruct social reality. The courts had to overcome the most intense resistance, and, even more problematically, they had to penetrate and restructure large-scale organizations, public school systems⁴²

Por consequência o julgado abre caminho para a superação definitiva da doutrina '*separate but equal*', surgida a partir das denominadas leis segregacionistas de Jim Crow as quais foram consideradas juridicamente válidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos no precedente *Plessy vs. Ferguson* (1896).^{43 44}

Board of Education of Topeka. 347, U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em 05 jan 2019

⁴¹ Cf. KOERNER, A., org. **A corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos.** In: **Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso** [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 142-175. ISBN: 978-85-7798-233-2. Available from: doi: 10.7476/9788577982332.0005

⁴² FISS, Owen M. **The forms of Justice.** Harvard Law Review, nº 93, Nov. 1979, p. 2

⁴³ No referido precedente Homer Adolph Plessy, em 1892 adquiriu um bilhete de primeira classe para uma viagem de trem entre Nova Orleans e Covington. O passageiro teria sido abordado pelo cobrador e por ter pele escura foi determinada sua retirada, pois, o local seria destinado apenas aos brancos. Diante da recusa de Plessy a polícia foi acionada o que culminou na sua prisão e posterior condenação ao pagamento de multa por violar a lei de segregação do Estado de Louisiana (1890). Inconformado Homer Plessy leva o caso à Suprema Corte, em 1896, sob a alegação de violação da Constituição, mormente do direito à igualdade garantido na Décima Quarta Emenda. Em 1896, por quase unanimidade (7x1) a Suprema Corte decidiu pela validade da segregação racial corroborando, por conseguinte, as leis segregacionistas dos diferentes Estados. Cf. C. Vann Woodward. *Plessy V. Ferguson: The Birth of Jim Crow.* American Heritage. Volume 15, assunto 3. Abril de 1964. Disponível em: <<https://www.americanheritage.com/plessy-v-ferguson>>, acessado em: 20 mai 2019

⁴⁴ Em interessante artigo sobre o tema Romanelli e Tomio demonstram a intencionalidade original da viagem como um instrumento de luta do povo negro que através de um comitê de cidadão organizou-a no intuito deliberado de questionar a validade das leis segregacionistas. Plessy teria sido escolhido por ser um mestiço de pele clara, com 7/8 de ascendência branca e um bisavô negro. Cf. ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Suprema Corte e segregação racial nos moinhos da Guerra Fria.** Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 204-235, abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-

No caso paradigma (*Brown v. Board of Education of Tokepa* - 1954) foi negado à Linda Brown, uma criança negra, o direito de matricular-se e estudar numa escola próxima a sua residência na cidade de Tokepa no Estado do Kansas. Contra essa decisão da Secretaria de Educação de Tokepa, Oliver Brown, pai de Linda, recorre através da NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) à Suprema Corte.

Em conclusão do referido julgado o então juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos e relator do caso, Earl Warren destacou inclusive as conseqüências deletérias da segregação racial nas subjetividades das crianças negras, malferindo o princípio da igualdade, nos seguintes termos:

“Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system. [...] We conclude that in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment”.⁴⁵

A argumentação do julgador é deveras corajosa mesmo contemporaneamente, sendo possível fazer um paralelo ao pensamento de Charles Taylor que defende a igualdade não apenas do ponto de vista formal e material, mas também, como reconhecimento, inclusive na seara da subjetividade. Desse modo, segundo Taylor, para além da igualdade de oportunidades é necessário refletir sobre os séculos de imagens negativas que a

24322017000100204&lng=pt&nrm=iso>.

acessos

em 25 out. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201709>.

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brown vs. Board of Education of Topeka**. 347, U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em 05 jan 2019

sociedade branca projetou sobre os negros, chegando ao ponto de solidificar a auto-depreciação desse grupo enquanto um dos instrumentos mais poderosos de opressão.⁴⁶

De qualquer modo, o arrojado posicionamento contra a segregação em escolas públicas encontrou forte resistência social, deixando deliberadamente de ser cumprida em diversos estados, mormente no sul do país.

3.2. Segunda opinião sobre Brown v. Board of Education of Tokepa (1954), Brown II

Diante do impasse e com vistas à efetivação de suas determinações a Suprema Corte emite então uma segunda decisão sobre o caso, a qual ficou conhecida como Brown II. Nessa oportunidade a corte adotou providências em favor da efetividade do decidido no precedente Brown vs. Board of Education of Tokepa (1954). Temos assim a delegação de amplos poderes as Cortes Federais Regionais e a possibilidade de monitoramento de execução das medidas.

Sobre a referida decisão interessante destacar o contraponto proposto por Romanelli e Tomio para quem o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso não foi um ato de mera benevolência ou justiça social, mas também, decorreu de forte influência da política externa, de modo que o contexto da Guerra fria e a política ideológica contra a União Soviética convergiram como apoio político à decisão.⁴⁷

De qualquer modo, o precedente alcançou uma amplitude ímpar, e nesse sentido a professora Margo Schlanger afirma:

⁴⁶ Cf. TAYLOR, Charles. (Org.). **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 45.

⁴⁷ Cf.: ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Suprema Corte e segregação racial nos moinhos da Guerra Fria**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 204-235, abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100204&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 28 out. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201709>.

Brown II authorized district judges to assess the need for, order, and oversee sweeping changes not only to schools but to the full range of important governmental institutions. The federal courts' own decentralization made it possible for them to individualize application of Law to fact and to enter injunctions tailored to address particular or even unique circumstances, institution by institution.⁴⁸

E podemos afirmar que é nesse momento que são firmados os pressupostos das ações estruturais, dentre os quais o caráter subsidiário e a destinação precípua à resolução e modificação de questões supra-individuais e complexas. Em tais ações possibilita-se uma ampliação dos poderes tradicionalmente destinados aos juízes, principalmente a prorrogação da jurisdição até a efetivação de decisões.

Desse modo, pode-se afirmar que os litígios estruturais, via de regra, envolvem relações continuadas entre o julgador e as instituições envolvidas até que a situação seja definitivamente superada.⁴⁹ Nesse sentido é o magistério de Owen Fiss:

The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted.⁵⁰

Assim, a Suprema Corte ao julgar inconstitucional a segregação racial em escolas públicas dos Estados Unidos possibilitou a um só tempo uma alteração nos paradigmas sobre os limites da atividade jurisdicional, bem como, ampliou o espaço para uma profunda transformação na sociedade norte-americana altamente segregada em termos raciais.

⁴⁸ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study Of Jail And Prison Court Orders**. New York University Law Review. Vol 81. May 2006.

⁴⁹ FISS, Owen M. **The forms of Justice**. Harvard Law Review, nº 93, Nov. 1979, p. 37

⁵⁰ *Ibid.*, p. 2

3.3. A resistência social e a política da ‘question doctrine’

Evidentemente que a destemida decisão da Suprema Corte contra a segregação racial em escolas públicas não permite a romantização do tema. De fato tamanhas mudanças não ocorreram imediatamente nem tampouco foram imunes a críticas de toda natureza.

Essas dificuldades subsidiam o surgimento de corrente doutrinária que relativiza de modo bastante contundente a importância das decisões da Suprema Corte norte-americana, mormente em relação ao fomento de transformações sociais. Esse é, por exemplo, o posicionamento de Gerald Rosenberg para quem ‘a única minoria que a Suprema Corte efetivamente tem protegido ao longo da história são os homens brancos e ricos’.⁵¹ Igualmente sustenta o autor que a despeito do caráter simbólico que se atribui ao caso *Brown v. Board of Education of Tokepa*, anos após o precedente a segregação se manteve e mudanças efetivas apenas ocorreram após medidas de política orçamentária aprovadas pelo Congresso norte-americano contra a segregação racial. E nessa levada conclui o professor pela inviabilidade de uma efetiva mudança social através do sistema de justiça.⁵²

Apesar do pensamento de Rosenberg não encontrar total amparo no entendimento majoritário⁵³, é inegável que mesmo após as decisões nos casos

⁵¹ Gerald Rosenberg, **"Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places,"**. University of Chicago. Law School Chicago Unbound. 54 Drake Law Review 795 (2005).

⁵² No original: In sum, *Brown's* constitutional mandate that racial segregation in public schools end confronted a culture opposed to that change. The American judicial system, constrained by the need for both elite and popular support, was unable to overcome this opposition. Cf. Gerald Rosenberg, **"Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places,"**. University of Chicago. Law School Chicago Unbound. 54 Drake Law Review 795 (2005).

⁵³ Tal afirmação pode ser feita a partir de uma visão majoritariamente positiva da doutrina sobre o precedente *Brown v. Board of Education of Tokepa*, e sua segunda opinião, *Brown II*. Nesse sentido destacamos, a título de exemplo, os autores Fiss (1979), Schlanger (2006), Hernández (2003) e Weaver (2004). Cf. FISS, Owen M. **The forms of Justice**. Harvard Law Review, nº 93, Nov. 1979, p. 2; SCHLANGER, Margo. **Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study Of Jail And Prison Court Orders**. New York University Law Review. Vol 81. May 2006.; HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003. p. 210.; e WEAVER, Russell L. **“The Rise and Decline of Structural Remedies”**. San Diego Law Review, vol. 41, nº 4, november/december 2004, p. 1617-1632. HeinOnline.

Brown crianças negras continuaram a ter matrículas negadas, governos estaduais suprimiram o financiamento para as escolas públicas e segmentos sociais como parte do funcionalismo público postularam até mesmo o direito desobediência à decisão por considerá-la inconstitucional. Esses fatos são bastante detalhados no estudo de Koerner, que ressalta ainda:

A resposta do Sul à decisão Brown produziu o mais poderoso desafio, desde a Guerra Civil, à legitimidade da Suprema Corte e do rule of law. Ao menos 80% dos sulistas brancos eram contra o fim da segregação, os políticos dos estados da Confederação condenaram a decisão e propuseram o impeachment de Warren e a limitação da jurisdição da Suprema Corte. Eles iniciaram uma campanha pela “Declaração dos Princípios Constitucionais”, o “Manifesto do Sul”, assinado por 101 dos seus 128 representantes no Congresso, que proclamou que a decisão de Brown era inconstitucional e encorajou a resistência massiva a ela.⁵⁴

Do ponto de vista jurídico igualmente surgem diversos questionamentos acerca da legitimidade das *‘structural orders’*, e dos *‘structural remedies’* adotados dentro das ações estruturais. Pode-se afirmar que o mais crítico posicionamento pode ser reunido sob a legenda da *‘political question doctrine’*, que tem como principais fundamentos a impossibilidade do poder judiciário adentrar em questões típicas da competência de outros poderes como o executivo e o legislativo, e a limitação dos poderes atribuídos aos juízes.

Segundo o ensinamento da magistrada Clara Hernández para a *‘political question doctrine’*: ‘al poder judicial no le está permitido imicuirse em asuntos que son de competencia exclusiva de las ramas legislativa e ejecutiva del poder público, de conformidad com una visión estricta del principio de separación de poderes’.⁵⁵ Assim, é reforçada a idéia de auto-contenção do poder judiciário de modo a ressaltar o espaço político dos demais poderes. Semelhantemente, para Peter Mulhern:

⁵⁴ Cf. KOERNER, A., org. **A corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos**. In: Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 142-175. ISBN: 978-85-7798-233-2. Available from: doi: 10.7476/9788577982332.0005.

⁵⁵ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003. p. 210.

The political question doctrine allows courts to remove themselves from areas in which they do not belong so that they may focus on the important tasks our system alots to them. By doing so, they can avoid calling the legitimacy of their actions into question.⁵⁶

Entretanto, mesmo em face de tamanhas celeumas, é possível afirmar que foi a partir do precedente *Brown vs. Board of Education of Tokepa* e de sua segunda opinião no *Brown II* que decisões de natureza estrutural se tornaram uma prática reiterada na Suprema Corte dos Estados Unidos ao ponto de outras esferas passarem a ser alcançadas por tais decisões. Nesse sentido consoante o ensinamento de Owen Fiss *'As a result, the remedy crafted in school cases was employed to reform hospitals, police departments, housing authorities, and prisons'*.⁵⁷ E nessa perspectiva, merecem destaque as grandes ações do judiciário norte-americano que envolveram o sistema penitenciário através da “correcional injuctive practice” ou também conhecida como “prisonal law litigation”, ou ainda “jail orders”.

3.4. Litígios estruturais no sistema penitenciário norte-americano

Aos moldes dos casos *Brown I* e *II*, inicia-se no sistema penitenciário dos Estados Unidos uma série de ações estruturais, pois o mesmo estaria em desacordo com os preceitos da Constituição, dentre eles a oitava emenda que veda punições cruéis e incomuns.⁵⁸

Destarte, num primeiro momento os litígios envolvendo o sistema penitenciário norte-americano eram dispersos e voltados para questões pontuais,

⁵⁶ Cf. J. P. Mulhern. **In Defense of the Political Question Doctrine**, 137 U. Pa. L. Rev. 97 (1988). Available at: <https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol137/iss1/3> Acesso em 03 mai 2019.

⁵⁷ Cf. FISS, Owen. **To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵⁸ Originalmente: **EIGHTH AMENDMENT: Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted**. Passed by Congress September 25, 1789. Ratified December 15, 1791. The first 10 amendments form the Bill of Rights. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/conan/constitution/amendment-8/>

como garantia de direito a liberdade de religião, igualdade de proteção perante a lei e liberdade de expressão.⁵⁹

Contudo, influenciados pelos casos Brown I e II, e a partir de casos paradigmas como Holt v. Sarver I (1969) e Holt v. Sarver II (1970) se passa a questionar de modo inédito e abrangente o sistema penitenciário do Estado Arkansas⁶⁰, sendo tal precedente um marco para a superação da doutrina 'hands-off.' Esse último termo se refere a doutrina que defendia impossibilidade de interferência da Corte nos assuntos relacionados à prisão e suas condições. Foi tese predominante durante muitos anos nos Estados Unidos, sendo paulatinamente superada a partir da década de 70 por vários precedentes judiciais, e dentre eles o emblemático caso em análise. Sobre o tema Luiz Flávio Gomes afirma:

Entre nós, essa abominável política do "hands off" ainda está muito presente. Trata-se de política flagrantemente violadora dos Direitos Fundamentais, mas interessante para muitos: ao Executivo, porque vai amontoando os presos de qualquer maneira; aos políticos, porque podem continuar com o discurso da prisão ilimitada; a alguns juízes e membros do Ministério Público que se livram da responsabilidade de impedir os abusos, a tortura, o tratamento desumano e cruel.⁶¹

Tais precedentes provocaram um efeito em cascata de modo que em 1985, praticamente todo o sistema penitenciário norte-americano foi questionado na medida em que quarenta e dois Estados sofreram alguma interferência do Poder Judiciário na sua execução penal.⁶²

⁵⁹ SCHLANGER, Margo. Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study Of Jail And Prison Court Orders. New York University Law Review. Vol 81. May 2006. p. 558

⁶⁰ Cf. "**Constitutional Law. Cruel and Unusual Punishment.** Arkansas State Penitentiary System Violates the Eighth Amendment. Holt v. Sarver, 309 F. Supp. 362 (E. D. Ark. 1970)." *Harvard Law Review* 84, no. 2 (1970): 456-63. doi:10.2307/1339719.

⁶¹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Juízes proíbem mais presos nos presídios: Fim da política do "Hands Off"?. Migalhas. ISSN 1983-392X.**

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52828,51045-Juizes+proibem+mais+presos+nos+presidios+Fim+da+politica+do+Hands+Off>> Acessado em:

⁶² INTERNET ARCHIVE. Wayback Machine. **Prisoner rights, litigation, and correctional law.** Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20071216205630/http://faculty.ncwc.edu/TOCONNOR/294/294lect13.htm>> Acesso em: 13/07/2019

Ademais, segundo Margo Schlanger pode-se falar mesmo numa estratégia de desencarceramento, pois a litigância estrutural primeiramente evidenciaria a distância entre as leis e a realidade, e posteriormente a inviabilidade de sua plena adequação por conta de vultuosos investimentos econômicos, o que resultaria num limite ao aumento do encarceramento⁶³.

Esse movimento judicial foi fortemente questionado chegando ao ponto do congresso norte-americano aprovar, na esteira da política da 'question doctrine', uma reforma legislativa denominada '*Prision Litigation Reform Act (PLRA)*', por meio da qual se objetivou limitar fortemente a atuação jurisdiccional.

Sobre o tema Smith e Nelson afirmam:

Congress enacted the Prison Litigation Reform Act of 1996 (PLRA) to accomplish several related objectives. The act imposed barriers on prisoners' ability to file civil-rights lawsuits against state officials, and it limited the authority of federal judges to order remedies in prisoners' civil-rights cases. If policymaking is viewed as redistributing or defining benefits and burdens, prisoners bore significant new burdens in filing civil rights lawsuits, and states gained benefits through additional protections against liability and judicial remedies. In addition, the federal judiciary was both an intended beneficiary and the bearer of additional burdens. Because many judicial officers viewed prisoners' lawsuits as unduly burdensome and rarely meritorious, the statute sought to benefit judges by reducing their caseloads of prisoner lawsuits. Simultaneously, the PLRA diminished judges' authority to order remedies in cases concerning prisoners' rights.⁶⁴

De fato, essas limitações legislativas promoveram um efetivo declínio nas ações estruturais sobre a execução penal, inviabilizando o pretense fim do encarceramento via judicial. Contudo, deve ser ressaltado que apesar do declínio das ações dessa natureza isso não significa que elas chegaram ao fim.

Nesse sentido Margo Schlanger adverte:

⁶³ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study Of Jail And Prison Court Orders**. New York University Law Review. Vol 81. May 2006. p. 560

⁶⁴ Smith, Christopher E., and Christopher E. Nelson. "**Perceptions of the Consequences of the Prison Litigation Reform Act: A Comparison of State Attorneys General and Federal District Judges**." The Justice System Journal, vol. 23, no. 3, 2002, pp. 295–316. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/27977117.

Although the PLRA has decreased both the stock and flow of orders, it has by no means eliminated them. Just as before, prison and jail court orders continue to be sought and entered. Even today, ten years after passage of the PLRA, the civil rights injunction is more alive in the prison and jail setting than the conventional wisdom recognizes.⁶⁵

Outrossim, mesmo diante das resistências sociais e obstáculos legislativos vislumbrou-se um relevante impacto das ações estruturais no sistema penitenciário norte-americano, mormente considerando a ausência de expressão política e social da população presa.

Sobre o tema conclui WEAVER:

In general, inmates constitute a despised minority, many of whom have no say in the political process because felons are deprived of their right to vote. Moreover, taxpayers and voters often rebel against spending money on inmates or prisons, and some even feel that punitive prison conditions are justified retribution against criminals. As a result, few politicians are willing to spend money on prisons or inmates, especially in difficult economic times (like now). Absent judicial intervention to ensure prisoners humane conditions, prisoners are likely to be left in intolerable conditions.⁶⁶

Desse modo os litígios estruturais contribuíram substancialmente para questões como a diminuição da superlotação, a obtenção de atendimento médico, alimentação adequada, individualização da pena, a diminuição da discriminação sexual e religiosa, dentre outras medidas.⁶⁷

3.5. Um diferencial do Estado de Coisas Inconstitucional em relação aos litígios estruturais

Conforme analisado anteriormente é demasiada a influência das ações estruturais e seus consectários na construção da tese do Estado de Coisas

⁶⁵ SCHLANGER, Margo. **Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study Of Jail And Prison Court Orders**. New York University Law Review. Vol 81. May 2006. p. 555

⁶⁶ Cf. WEAVER, Russell L. **"The Rise and Decline of Structural Remedies"**. San Diego Law Review, vol. 41, nº 4, november/december 2004, p. 1617-1632. HeinOnline. p. 1631

⁶⁷ SCHLANGER, op. cit., p. 563/564

Inconstitucional. Contudo, nos Estados Unidos o fundamento jurídico para a ocorrência dos litígios estruturais é propriamente a violação dos direitos fundamentais classificados doutrinariamente como direitos civis, de primeira geração ou dimensão, e assim, essencialmente ligados a liberdade do cidadão.

Em conformidade com tal classificação destacamos o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira filho, para quem:

Vale apontar que, historicamente, a afirmação dos direitos fundamentais é marcada por três etapas, ou momentos de conscientização. A primeira é a do reconhecimento das liberdades que acompanha o nascimento do constitucionalismo. Outra é a da consagração dos direitos sociais. A última, que é contemporânea, a dos direitos de solidariedade.⁶⁸

Essa classificação que é majoritariamente aceita pela doutrina foi originalmente cunhada pelo jurista Karel Vazak e amplamente difundida por Norberto Bobbio na obra *A Era dos Direitos*.⁶⁹ Contudo, tal divisão modernamente vem sendo questionada seja em relação a utilizar um critério temporal para o reconhecimento de direitos⁷⁰ seja quanto a sua pretensão de dissociar elementos intrínsecos como liberdade e igualdade na realização desses.

Nesse sentido, para Heiner Bielefeldt, essencialmente:

Liberdade, igualdade e solidariedade formam uma fórmula estrutural que somente faz sentido se os três aspectos tiverem uma unidade interna. Os três componentes não estão apenas juntos aditivamente ou, até, em contraposição, mas esclarecem-se

⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais de direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. 4^o ed. Saraiva. São Paulo: 2015. p. 96.

⁶⁹ DIAS, Norton Maldonado, **Crítica ao pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio acerca do surgimento dos direitos humanos em face aos tratados e convenções internacionais**, 31 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 59-80 (2016). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-31.cpvb> doi:10.11144/Javeriana.il15-31.cpvb

⁷⁰ Nesse sentido a crítica de Dias, que afirma: Portanto, direitos humanos surgiram e foram determinados não somente a partir do momento em que galgaram a respectiva positivação e proteção, sendo este critério (formal positivista) não mais um fator absoluta e determinante neste processo, mas sim mera influência que deve ser analisada conjuntamente com outras influências no processo de afirmação dos direitos humanos, inclusive influências das mais diversas naturezas, como antropológica, histórica, sociológica, tecnológica e outras. DIAS, Norton Maldonado, **Crítica ao pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio acerca do surgimento dos direitos humanos em face aos tratados e convenções internacionais**, 31 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 59-80 (2016). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-31.cpvb> doi:10.11144/Javeriana.il15-31.cpvb

reciprocamente. Eles não estabelecem uma relação de recíproca complementação ou relativização, mas sim, uma relação de recíproco esclarecimento. [...] Consequentemente, direitos econômicos e sociais, quando a serviço da concretização da liberdade, não apenas elevam o valor da liberdade, mas tornam-se, eles mesmos, direitos originais à liberdade.⁷¹

Exemplificando a questão, em casos emblemáticos de litígios estruturais, como por exemplo, o caso *Gideon v. Wainwright* (1963) a controvérsia girava em torno da sexta emenda que garante o direito de ser assistido por um advogado. Igualmente em relação ao já estudado caso *Holt v. Sarver* (1969), e ainda no caso *Hutto v. Finney* (1978), se debateu, em síntese, acerca da ocorrência de violação à oitava emenda que garante o direito não sofrer penas cruéis ou incomuns.

Portanto, o substrato para as decisões da Suprema Corte nos litígios estruturais foi historicamente alinhavado com os direitos civis e políticos. Desse modo:

[...] no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana, a fundamentação destas decisões não parte da questão econômico-social evidentemente ínsita a estes, mas foca em direitos de matriz liberal, como a igualdade e a integridade física".⁷²

E nesse aspecto reside o grande mérito da Corte Constitucional Colombiana, pois, ela através o Estado de Coisas Inconstitucional passa a ampliar o alcance da discussão para incorporar também aos litígios estruturais a implementação dos direitos humanos e de variados direitos sociais.

Desse modo “as noções de litígio de interesse público e provimentos jurisdicionais estruturantes, portanto, foram ressignificadas em sua recepção pelos constitucionalismos do Sul global”.⁷³ Nas palavras de JARAMILLO a figura

⁷¹ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

⁷² FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. **Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais**. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 211-246, ago. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>>. Acesso em: 03 nov. 2019. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>. p. 222

⁷³ *Ibid.*, p. 223.

do ECI possibilitou “crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad”⁷⁴.

4. O papel da Corte Constitucional Colombiana na proteção de direitos humanos e fundamentais

Mesmo antes da construção da técnica / teoria do ECI é importante destacar que a Corte Constitucional Colombiana nas últimas décadas vem se destacando no cenário jurídico, principalmente no âmbito latino-americano pela criação de teses jurídicas inovadoras e também, pelo enfrentamento de questões sociais emblemáticas muitas vezes escanteadas pelo poder público. Tais demandas indissolvidas acabam comungando na reiteração de ofensas a direitos fundamentais e manutenção de instabilidade social.

Nesse sentido, na Colômbia a partir da Constituição Política de 1991 assume o debate de casos simbólicos que vão desde a perda de mandatos parlamentares até a proteção de minorias, avançando-se ainda no campo da implementação de políticas públicas.

Sobre o tema Rodrigo Yepes em interessante trabalho destaca:

[...] a Colômbia, nas últimas duas décadas, conheceu formas importantes de judicialização da política em numerosos campos, mas talvez os mais significativos tenham sido os seguintes: (a) a luta contra a corrupção política e pela transformação das práticas políticas; (b) o controle dos excessos governamentais, em especial nos estados de exceção; (c) a proteção de grupos minoritários e da autonomia individual; (d) a proteção de populações estigmatizadas ou em situações de debilidade manifesta e, por último, mas nem por isso menos importante; (e) a gestão da política econômica, devido à proteção judicial dos direitos sociais.⁷⁵

⁷⁴ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario** / México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015

⁷⁵ Cf: YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso>. access

Esse novo panorama de proeminência judicial tem seu fortalecimento a partir da Constituição Política Colombiana de 1991, que introduziu no país latino americano um modelo de Estado Social de Direito “transformando substancialmente as relações entre as autoridades públicas, porquanto o princípio da dignidade humana e a garantia dos direitos fundamentais se erigiram como fins últimos da organização estatal”.⁷⁶

Essa atuação destacada da jurisprudência colombiana sob os influxos do neoconstitucionalismo e na vanguarda da proteção dos direitos fundamentais promove uma ampliação dos preceitos jurídicos preexistentes e a veiculação de novas teses à jurisdição constitucional.

Dissertando sobre a temática Montenegro afirma que:

El Neo-constitucionalismo Ideológico, se presenta como un antecedente directo del ECI, bajo el entendido de que ha sido a partir de esta teoría que la C. Const. ha justificado su ampliación de facultades dentro de suas decisions em pro de la efectividad de la garantía de los derechos fundamentales.⁷⁷

Nesse sentido foram apresentadas pela CCC o conceito de Bloco de Constitucionalidade e a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Reconhecidamente “la riqueza del constitucionalismo colombiano se revela no solo por la recepción de teoría jurídicas, instituciones judiciales y doctrinas jurisprudenciales de circulación transnacional, sino también por aquellas doctrinas que há creado”.⁷⁸

on 09 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>.

⁷⁶ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

⁷⁷ MONTENEGRO, Germán Santiago. **Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá**. Trabalho para obtenção do título de advogado – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

⁷⁸ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario** / México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015

Sobre o tema Nicolás Páez afirma que:

La Corte Constitucional colombiana es reconocida como pionera en la promoción y formulación jurisdiccional de los cánones neoconstitucionalistas en el mundo. Doctrinas como la del bloque de constitucionalidad de ese tribunal han sido verdaderamente revolucionarias, pues dejaron atrás nociones básicas del Derecho y de la teoría del Estado modernas para avanzar en las garantías del Estado Social.⁷⁹

E podemos situar esses avanços da Corte Constitucional Colombiana dentro do que se tem denominado de novo constitucionalismo na América Latina. Por meio desse movimento, em forçada síntese, tem-se buscado descolonizar não apenas as ferramentas jurídicas, mas as formas de concepção e ensino do direito. Desse modo, o novo constitucionalismo passa a possibilitar uma nova epistemologia do conhecimento jurídico fomentada a partir de realidades locais e para além do monismo jurídico.

Sobre o tema destacamos o trabalho de Maria Caovilla, para quem:

O fim das colônias não representou o término da matriz de poder que se constituiu com a colonização. Um novo padrão de poder mundial foi instituído por meio da matriz da colonialidade, articulado a uma estrutura que pretende perpetuar e reproduzir as relações de subalternidade desenvolvidas pelo mundo ocidental desde o “descobrimento” da América Latina. Cabe diferenciar colonialismo de colonialidade. A colonialidade surgiu do colonialismo, mas manteve-se mesmo após o término deste, e é tida como um modo de vida gerado pela superioridade racial, fundando, assim, um padrão de poder. [...] A colonialidade do saber é a imposição de uma única epistemologia válida: a eurocêntrica. Portanto, a colonialidade (do poder, do saber e do ser) é a outra face da Modernidade, que se constitui como o mais profundo e eficaz formato de dominação social, dentro de um padrão de poder universal – mediado pelo Direito.⁸⁰

Assim, as cortes constitucionais do Sul possuem papel fundamental na construção e interpretação do direito a partir das realidades locais, e o Estado de Coisas Constitucional pode ser compreendido como uma atuação nesse sentido.

⁷⁹ PÁEZ, NICOLÁS AUGUSTO ROMERO. **La doctrina del estado de cosas inconstitucional en colombia novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”**. Octubre 2012. *Derecho Público Iberoamericano*, Nº 1, pp. 243-264 [octubre 2012].

⁸⁰ Cf. CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. **Doscolonizar o Direito na América Latina: o modelo do pluralismo e a cultura do bem viver**. Chapecó, SC: Argos, 2016.

5. A ação de tutela e a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Sob os auspícios da nova Constituição Política Colombiana surge a robusta ação de tutela. Através desse expediente jurídico se proporcionou uma verdadeira transição paradigmática no que tange ao acesso à justiça no país, permitindo além de considerável agilidade na análise de ofensas a direitos fundamentais a possibilidade de revisão diretamente pela Corte Constitucional. O instituto vem albergado na Constituição Política no artigo 86 que dispõe:

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.⁸¹

Dentre os grandes avanços da ação de tutela destacam-se sua natureza pública, seu papel de ampliador de acessibilidade ao Poder Judiciário, sua oralidade e a dispensabilidade de advogado para sua propositura.⁸² Nesse sentido “a facilidade de acesso à justiça constitucional favoreceu o protagonismo da Corte, pois é relativamente fácil para os cidadãos converter uma reclamação em uma discussão jurídica, que deve ser constitucionalmente decidida”.⁸³

Assim, deve ser ressaltada a singularidade da ação no cotejo com o cenário brasileiro, pois, não temos em nosso ordenamento um equivalente exato.

⁸¹ COLOMBIA. **Constitución Política de Colômbia. Artículo 86.** Capítulo 4: De la protección y aplicación de los derechos. Disponível em: <<http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-4/articulo-86>> Acesso em 07 ago 2019

⁸² A ação é elogiosamente detalhada no estudo de CARRERA SILVA, Liliana. **La acción de tutela en Colombia.** Rev. IUS, Puebla , v. 5, n. 27, p. 72-94, jun. 2011 . Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005&lng=es&nrm=iso>. acessado em 25 sept. 2019.

⁸³ YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos.** Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo , v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 09 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>.

A despeito de alguma similitude com o nosso mandado de segurança individual a ação de tutela além da plúrima legitimidade “acaba por ampliar o espectro de possíveis demandados judiciais (autoridades públicas e particulares). Trata-se de uma conseqüência inevitável do enfoque dado pelo legislador colombiano ao privilegiar o aspecto substantivo”.⁸⁴ Ressaltando o ineditismo e a envergadura da ação de tutela no direito Colombiano Carrera Silva afirma:

Sin duda, desde su instauración en la Constitución de 1991 (y no obstante sus detractores, la resistencia política e incluso judicial a la misma), la acción de tutela se ha convertido en la más importante institución procesal de rango constitucional en la historia colombiana; ha supuesto una verdadera revolución judicial que ha traído aparejada el avance democrático más tangible en el país al materializar la eficacia de los derechos constitucionales en el día a día, en la cotidianidad más evidente de los colombianos.⁸⁵

No mesmo sentido preleciona Clara Inés Vargas Hernández, magistrada da Corte Constitucional da Colômbia:

Desde esta perspectiva, la acción de tutela ha contribuido desde entences a paliar el déficit crónico de legitimidad que afecta lãs instituciones democráticas colombianas, colmando vacíos de poder dejados por la inactividad o indiferencia de lãs autoridades públicas. De igual manera, la extensísima y original jurisprudência constitucional sentada por la Corte em sede de acción de tutela há contribuído a desarrollar diversas teorías sobre los derechos fundamentales em mi país, lãs cuales han irradiado prácticamente todos los âmbitos Del derecho público y privado.⁸⁶

Dessa forma é a partir do instrumental da ação de tutela a Corte Constitucional Colombiana passou a ampliar sua jurisdição e a alcançar também a dimensão objetiva dos direitos fundamentais restando assim, fixadas as bases para a solidificação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Segundo Montenegro essa justaposição possibilitou:

⁸⁴ CESAR, Pedro Navarro. **Estudo comparativo sobre a acción de tutela, no Direito colombiano, e o mandado de segurança individual, no Direito brasileiro**. Rev. Direito, Estado e Sociedade - n.30 - p 88 a 101 - jan/jun 2007.

⁸⁵ CARRERA SILVA, Liliana. **La acción de tutela en Colombia**. Rev. IUS, Puebla , v. 5, n. 27, p. 72-94, jun. 2011. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005&lng=es&nrm=iso>. accedido en 09 agosto 2019.

⁸⁶ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

Um giro paradójico a la historia social y jurídica, precisamente porque Colombia siendo uno de los países com violaciones más graves de los DDHH há passado a ser um país exportador o referente de jurisprudência constitucional y de innovaciones institucionales'.⁸⁷

Sendo assim, a partir da ação de tutela vislumbramos o fortalecimento da CCC que passa a alcançar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, a proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, seria possível afirmar que “el sustento último o racionalidad última dentro de la teoría constitucional asumida por el tribunal colombiano para su doctrina de ECI es la llamada teoría de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales”.⁸⁸

No ponto, é pertinente colacionarmos a didática distinção entre a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais de Gilmar Ferreira Mendes que afirma:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. [...] A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação.⁸⁹

Assim é possível concluir que “el estado de cosas inconstitucional es una de las criaturas teóricas del neoconstitucionalismo ligada a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales”.⁹⁰

⁸⁷ MONTENEGRO, Germán Santiago. **Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá**. Trabalho para obtenção do título de advogado – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

⁸⁸ PÁEZ, NICOLÁS AUGUSTO ROMERO. **La doctrina del estado de cosas inconstitucional en colombia novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”**. Octubre 2012. Derecho Público Iberoamericano, N° 1, pp. 243-264 [octubre 2012].

⁸⁹ Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹⁰ PÁEZ, NICOLÁS AUGUSTO ROMERO. **La doctrina del estado de cosas inconstitucional en colombia novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”**. Octubre 2012. Derecho Público Iberoamericano, N° 1, pp. 243-264 [octubre 2012].

CAPÍTULO II – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

O constituinte originário de 1988 atento as vicissitudes da implantação de um Estado Democrático de Direito e num exercício de auto-contenção elegeu sabidamente a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento de nossa república (art. 1º inc. III, CF/88). Isso porque, a remissão expressa do constituinte a princípios suprapositivos “restringem a própria soberania do constituinte”.⁹¹ Em sentido semelhante Barroso assevera:

Modernamente, a reaproximação entre o Direito e a Ética, assim como a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, inspiram a percepção da existência de limites ao poder constituinte, a despeito das dificuldades teóricas que o tema suscita e das complexidades de sua efetivação.⁹²

Assim, a dignidade da pessoa humana é um supra-princípio diretivo e limitativo, que ordena toda concepção jurídica de nosso Estado Democrático de Direito. Seguindo tais diretrizes o texto constitucional foi bastante generoso ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, inaugura-se a partir da Constituição de 1988 uma nova ordem estatal, a qual apresentando características próprias de uma justiça de transição⁹³ traz desde seu preâmbulo o zelo para com o valor liberdade, de caráter inviolável (art. 5º caput), cujas restrições são sempre excepcionais apenas podendo ocorrer nas expressas hipóteses constitucionais ou legais, e sempre de forma digna.

Igualmente verifica-se no constituinte uma abertura ao constitucionalismo latino-americano na medida em que elege enquanto princípio

⁹¹ Mendes, Gilmar Ferreira **Jurisdição constitucional : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha** / Gilmar Ferreira Mendes. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 118

⁹³ A justiça de transição pode ser compreendida como uma série de estratégias voltadas para períodos de profunda mudança social. No Brasil a redemocratização é um elemento desse processo e o amplo foco em liberdades públicas (expressão, reunião, associação) denotam a necessidade de se assegurar a estabilização democrática e o não retrocesso a um passado de relativização dos direitos humanos. Nesse sentido, consoante Barroso: A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado Democrático de Direito. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

de suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos e a busca por uma integração visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

E é nesse panorama que debruçaremos nossa análise sobre a viabilidade jurídica do ECI no Brasil, mormente pelo fato que sua primeira veiculação ocorre através Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 que questiona justamente o sistema penitenciário brasileiro, um ambiente, por excelência, privador de liberdade e outros direitos.

1. Os influxos do neoconstitucionalismo na incorporação do estado de coisas inconstitucional

É após a II Guerra Mundial que ganha força o movimento neoconstitucionalista que traz consigo enquanto um de seus principais fundamentos a reaproximação entre o direito e a ética. Segundo sólida doutrina o aludido movimento apresenta um marco histórico (pós-guerra) um marco filosófico (pós-positivismo) e um marco teórico (força normativa da constituição, expansão jurisdicional e uma nova dogmática constitucional).⁹⁴

No Brasil a Constituição Federal de 1988 é apontada como o grande marco para a veiculação do neoconstitucionalismo, pois trouxe consigo um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, que passam a ter aplicação imediata, além de promover a expansão da jurisdição constitucional consolidando mecanismos de controle de constitucionalidade no âmbito difuso e concentrado.

Estudando esse movimento Luís Roberto Barroso afirma:

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 09 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

A partir de 1988 e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.⁹⁵

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo pode ser compreendido como um movimento de redirecionamento do direito que passa a ter como centro de referência o texto constitucional mediante interpretação que lhe atribua a máxima eficácia. Essa visão eminentemente substancialista da constituição favorece o entendimento de que o neoconstitucionalismo nas palavras de Jorge Galvão pode ser visto como:

[...] um modo específico de enxergar o direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos.⁹⁶

Em semelhante abordagem sobre o tema Ana Paula de Barcelos conceitua:

A expressão “neoconstitucionalismo” designa o estado do constitucionalismo contemporâneo, que apresenta características metodológico-formais e materiais. O constitucionalismo atual opera sobre três premissas metodológico-formais fundamentais (a normatividade, a superioridade e a centralidade da Constituição) e pretende concretizá-las elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. Quanto às características materiais, ao menos dois elementos merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais relacionados com a dignidade humana e os direitos fundamentais; e (i i) a expansão de conflitos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.⁹⁷

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 18 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

⁹⁶ Cf. GALVÃO, Jorge. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹⁷ BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em:

Vale ressaltar que a incorporação do neoconstitucionalismo não se dá através de um movimento pacífico, recaindo respeitáveis críticas sobre sua eleição, mormente em razão de uma possível vagueza de seus postulados que além de promover a insegurança jurídica abriria margem ao arbítrio judicial.

Nesse sentido o pensamento de Jorge Galvão, para quem:

O neoconstitucionalismo, ao identificar princípios e regras abertas como casos centrais na prática jurídica, faz uma opção inequívoca pela dimensão da justificação. Os autores dessa doutrina jurídica buscam se esquivar de constrangimentos institucionais para adotar um modelo voltado para a sustância das decisões judiciais, seja por uma atuação mais agressiva da jurisdição constitucional ou pela positivação de normas que exigem uma maior participação do intérprete em sua aplicação. Não se está defendendo que as regras sejam opções superiores aos princípios: todo ordenamento jurídico é essencialmente híbrido e toda norma deve ser cuidadosamente cunhada para melhor servir à sua finalidade subjacente. O neoconstitucionalismo, entretanto, parece defender que as questões sejam preferencialmente decididas pela via judicial, minimizando a importância dos procedimentos políticos de tomada de decisão.⁹⁸

Em sentido semelhante se colocam as ponderações de Lênio Streck que defende:

Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Observe-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic).⁹⁹

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 18 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.

⁹⁸ GALVÃO, Jorge. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4. Vol 3, Jan-Jun. p. 9-27. Doi

A despeito dessas contundentes críticas é perceptível uma abertura da jurisprudência nacional para esse movimento que traz em seu bojo a maximização da jurisdição constitucional atribuindo ao Poder Judiciário a decisão sobre temas inéditos e de alta carga política, o que dá margem à importação de teorias como o Estado de Coisas Inconstitucional.

2. O Estado de Coisas Inconstitucional como modalidade de ativismo Judicial

De antemão, não há unanimidade acerca da natureza jurídica do Estado de Coisas Inconstitucional. Concebido como técnica decisória na petição inicial na ADPF 347 (item 18)¹⁰⁰ o tema não comporta rigorosidade. A ausência de previsão legal expressa no ordenamento contribuiu para o debate doutrinário, sendo ECI também definido enquanto um mecanismo jurídico¹⁰¹, uma criação jurisprudencial¹⁰², uma modalidade de decisão estruturante¹⁰³, dentre outros.

A divergência sobre os contornos do instituto permitem o questionamento se sua importação ao direito brasileiro configuraria uma forma de ativismo judicial dissimulado, em detrimento de uma democracia procedimental e

10.24068/2177.8256.2011.3.4;9.27

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acessado em 26/02/2020.

¹⁰¹ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

¹⁰² GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario** / México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p.188.

¹⁰³ FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. **Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais**. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 211-246, ago. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>>. Acesso em: 25 out. 2019. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>.

majoritária, maculando assim o princípio da separação dos poderes. Nesse sentido Lênio Streck afirma:

O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo [...].¹⁰⁴

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos a crítica é pertinente, na medida em que:

[...] a declaração judicial do estado de coisas inconstitucional e a conseqüente expedição de remédios estruturais revelam interferência profunda de cortes constitucionais sobre ações e assuntos próprios do Executivo e do Legislativo. A circunstância não pode ser minimizada: acusações de ativismo judicial têm fundamento. As cortes realmente assumem papéis típicos de agente político: apontam falhas estruturais representativas de omissões inconstitucionais; definem se e quando formular políticas públicas; determinam os parâmetros dessas políticas; estabelecem a alocação de recursos orçamentários; coordenam a atuação das instituições de governo; supervisionam os resultados dessa atuação.¹⁰⁵

E no ponto temos é oportuno fazermos algumas distinções entre o ativismo e a judicialização. Nessa levada, enquanto o ativismo estaria ligado a uma conduta pró-ativa do julgador que decide sob o fundamento da omissão normativa dos demais poderes a judicialização seria um conseqüente inevitável da expansão da jurisdição constitucional.

Abordando a questão Luís Roberto Barroso assegura:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o

¹⁰⁴ [...].STRECK, Lênio. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn4>. Acesso em: 9 mai. 2017.

¹⁰⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional**. Tese de Doutorado. 2015. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito., 248f. p. 141

ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva¹⁰⁶.

E no mesmo estudo o atual ministro do Supremo Tribunal Federal conclui pela viabilidade inclusive do ativismo judicial no direito brasileiro afirmando:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.¹⁰⁷

Em sentido diferente o jurista Lênio Streck defende ser viável apenas a judicialização:

Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. Explico: a primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, *behaviorista*, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia [...].¹⁰⁸

A despeito de tal embate doutrinário, a prática jurídica capitaneada pelo posicionamento da jurisprudência corrobora um cenário favorável à proeminência judicial, o qual não é imune a críticas. Um dos questionamentos mais frequentes é

¹⁰⁶ Em complemento merece destaque a didática conceituação do autor sobre o ativismo judicial: 'O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso'. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (SYN) THESIS, v. 5, n. 1 (2012). p. 25

¹⁰⁷ Ibid., p. 32

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo, o contramajoritarismo e o "Pomo de ouro"**. Revista Consultor Jurídico (CONJUR), 12 de julho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>> Acesso em 05 nov 2019

a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário na medida em que seus membros não são eleitos popularmente.

Essa problematização é complexa e envolve um dos grandes debates do direito contemporâneo. Nesse diálogo destacam-se dois autores que sustentam posições antagônicas, Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. Em forçada síntese, para Waldron não é lícito ao Judiciário revisar ou interferir nas legítimas escolhas legislativas, pois que, são revestidas de legitimidade democrática.¹⁰⁹ Por sua vez segundo Dworkin seria viável a atuação judicial, no intuito de atribuir um sentido substancial à constituição ainda que de modo contramajoritário.¹¹⁰

No Brasil, mormente a partir da Constituição Federal de 1988 vem sendo fortalecida a inclinação para a sobreposição do Poder Judiciário mediante a judicialização e o ativismo judicial e com predomínio do sistema de revisão judicial (judicial review) em detrimento do legislativo. Esse incremento da judicialização é bem trabalhado no estudo de Alexandre Castro e Quenya Correa que sustentam:

Certo que a própria Constituição de 1988 abriu oportunidade à judicialização da vida ao assumir, no horizonte histórico, a ênfase na mudança da sociedade pelo Direito, nucleada na precisão dos fins do Estado, independente do elemento conjuntural relativo às maiorias ocasionais, ou seja, a estrutura econômico-social foi previamente assentada no bojo de uma Carta Dirigente, com os meios de seu acionamento, por amplo rol de interessados, visando a implementar as medidas capazes de assegurar a materialização dos benefícios instituídos.¹¹¹

Portanto, a tendência de hipertrofia judicial é facilitada a partir do amplo rol de direitos e garantias fundamentais trazidos Constituição Federal de 1988 e da abertura dos mecanismos de controle de constitucionalidade. Tais elementos fortaleceram o Poder Judiciário demandando um redimensionamento do princípio da separação de poderes.

¹⁰⁹ Waldron, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

¹¹¹ COURA, Alexandre de Castro; DE PAULA, Quenya Correa. **Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no estado democrático de direito**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 116. pp. 63-112. jan./jun. 2018.

Sob essa perspectiva Barroso afirma:

Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.¹¹²

Nesse sentido, em movimento semelhantemente ao que ocorreu na Colômbia via Estado de Coisas Inconstitucional é possível compreender que também no Brasil o Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição Federal de 1988 tem favorecido o entendimento de que o fato de os juízes não terem o monopólio de atribuir os valores da Constituição não tem se constituído numa razão para omitirem sua interpretação.¹¹³

Nessa leitura nosso ambiente jurídico se apresenta favorável à importação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, pois a tese estaria dentro de direito constitucional concebido sob os influxos do neoconstitucionalismo, sendo, portanto, mais um marco da expansão da jurisdição constitucional brasileira. Em reforço a tal argumento no cenário jurídico nacional a cada dia tem-se firmado o entendimento que “No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los”.¹¹⁴

Sob tal perspectiva Barroso arremata:

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de

¹¹² Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 12 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. p. 36

¹¹³ Essa ideia é trazida por Owen Fiss como central litígios estruturais que são o substrato da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. No original: ‘At the core of structural reform is the judge, and his effort to give meaning to our public values’. Cf: FISS, Owen M. **The forms of Justice**. Harvard Law Review, nº 93, Nov. 1979, p. 2

¹¹⁴ BARROSO, op. Cit., p. 41.

funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.¹¹⁵

De modo semelhante é o pensamento de Rodrigo Uprimny:

A judicialização parcial da vida política tem, sem dúvida, certas virtudes. Em particular, permite evitar abusos dos órgãos políticos e das maiorias contra minorias estigmatizadas ou indivíduos. Nessa medida, a linguagem dos direitos ocupa um lugar importante nas democracias contemporâneas, e o reconhecimento e a proteção judicial desses direitos, apesar de realizados por órgãos não-majoritários, como o são os juízes e os tribunais constitucionais, devem ser vistos não como limitações à democracia, mas como garantias para suas precondições. Portanto, embora não tenha uma origem democrática, o juiz constitucional cumpre um papel democrático essencial, pois é o guardião da continuidade do processo democrático.¹¹⁶

Em tempo cabe asseverar que parte da doutrina faz distinção entre o ativismo judicial monológico (ou antidualógico) e o ativismo judicial dialógico. Em resumo, para o ativismo judicial monológico teríamos uma atuação do Poder Judiciário de modo mais rígido, através de comandos específicos aos demais Poderes sob pena de conseqüências legais. Já no ativismo judicial dialógico essa atuação seria dinâmica, de modo que o Poder Judiciário assumiria o papel de gestor de determinada política pública sem delimitar os meios pelas quais ela deveria ser efetivada.

Nessa toada, para parte da doutrina a legitimidade e mesmo eficácia da importação do ECI estaria condicionada ao seu amoldamento ao ativismo judicial do tipo dialógico, incumbindo Poder Judiciário o estabelecimento do diálogo a partir de decisões judiciais impulsionadoras de políticas públicas com simultânea fiscalização, enquanto que os demais poderes devem eleger as

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** (SYN) THESIS, v. 5, n. 1 (2012). p. 30

¹¹⁶ YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos.** Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>.

medidas necessárias para a resolução dos problemas. Assim, o ativismo judicial não seria ilegítimo desde que fosse dialógico.¹¹⁷

Nessa modalidade de ativismo o Poder Judiciário esse atuaria antes como um catalisador de políticas públicas, superando os bloqueios institucionais existentes. Em tese sobre o tema Carlos Alexandre de Azevedo Campos sustenta:

Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento podem, portanto, ser superiores às ordens detalhadas e rígidas não apenas sob as óticas democrática e política, mas também, quanto aos resultados desejados. Ordens minuciosas são mais ambiciosas sob a perspectiva da pretensão do juiz que a profere, mas enfrentam resistências e limitações fáticas que as tornam decepções práticas. Além de poder dificultar a deliberação sobre a fase de implementação das medidas, ordens detalhadas e inflexíveis não são aptas a resolver as dificuldades e complexidades inerentes às políticas públicas deficientes. Daí por que, seja em razão de virtudes democráticas, seja em razão de vantagens pragmáticas, o ativismo estrutural deve ser dialógico, o que significa ser levado a efeito mediante ordens flexíveis e sujeitas a monitoramento periódico durante a fase de implementação.¹¹⁸

Igualmente favorável ao ativismo dialógico é o posicionamento de César Rodríguez-Garavito que defende:

In practice, detailed top-down orders generate transformations much less ambitious than those envisioned by the courts, largely because of resistance from vested interests and because of the legal and technical limitations on courts' abilities to deal with structural social problems.

[...]

Dialogic decisions tend to open a monitoring process that encourages discussion of policy alternatives to solve the structural problem detected in the ruling. Unlike monologic judicial proceedings, the minutiae of the policies arise during the course of the monitoring process, not in the judgment itself. Dialogic courts often issue new decisions in light of progress and setbacks in the process and encourage discussion among actors in the case through deliberative public hearings.¹¹⁹

¹¹⁷ Nesse sentido cf: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional**. Tese de Doutorado. 2015. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito., 248f. p.141

¹¹⁸ Ibid., p.198

¹¹⁹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. **Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism**

Em contraponto a tais construções doutrinárias trazemos a doutrina que rechaça a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no direito brasileiro, independentemente de um aludido caráter dialógico ou antidialógico. Assim, a par da distinção sobre os tipos de ativismo ‘o ponto central nessa discussão é o de que as políticas públicas não estão à disposição do Poder Judiciário’¹²⁰ e assim, seria inviável promover modificações estruturais, ainda que de cunho social mediante decisões judiciais.

Nesse sentido o posicionamento de Lênio Streck:

É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar.¹²¹

Do mesmo modo, em relevante artigo sobre o tema Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo afirmam:

Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito, quem as executará? O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?¹²²

on Socioeconomic Rights in Latin America. Texas Law Review. Texas, v. 89, p. 1669-1698, nov/2011.

¹²⁰ STRECK, Lênio. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Revista Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn4>. Acesso em: 9 mai. 2017. p. 4

¹²¹ Ibid., p. 5

¹²² DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 18, out, 2015.

E prosseguem os juristas na mesma toada:

No plano dos ideais, estamos diante de valores políticos fundamentais para a coesão social, é certo. Mas o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas que é capaz de construir e controlar. Assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as “coisas” – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?¹²³

Esse é um panorama das nuances doutrinárias que recaem sobre a conceituação do ECI e sua importação ao ordenamento brasileiro. Sobre tais posicionamentos podemos estabelecer um novo marco que advém com o ajuizamento e a apreciação cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, na qual o STF no ano de 2015 corrobora a abertura do tribunal para incorporação da teoria. Esse posicionamento da corte pode ser compreendido enquanto ponto culminante de um movimento maior de judicialização sobre questões ligadas ao sistema penitenciário, conforme veremos a seguir.

3. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal que permearam a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347

O cárcere e as mazelas que o acompanham não são um tema novo na história do Brasil nem tampouco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Abordando essa perspectiva história o ministro do STF Ricardo Lewandowski no RE 592.581 sustentou que:

Muito embora a Constituição de 1824, bem como o Código Criminal de 1830, tenham introduzido uma concepção mais *aggiornata* acerca da pena de prisão em nosso País, o que se

¹²³ DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 18, out, 2015.

percebeu ao longo do tempo foi uma completa ausência de propostas no sentido de criar-se estabelecimentos prisionais adequados, que pudessem, ainda que minimamente, dar efetividade aos comandos legais previstos naqueles textos normativos.¹²⁴

Nessa houve vertiginoso crescimento da população carcerária dos últimos anos. A título ilustrativo destacamos que apenas entre o ano 2000 e 2016 o aprisionamento aumentou em 157%, e, em todo o país 89% da população prisional encontra-se privada de liberdade em unidades com déficit de vagas. Ademais, em relação aos espaços de aprisionamento, 78% dos estabelecimentos penais em todo o país estão superlotados.¹²⁵ Essa explosão prisional ocorreu desacompanhada da efetivação dos direitos fundamentais correlatos, situação essa que tem trazido o tema constantemente à pauta do tribunal.

Desse modo a ausência ou mesmo ineficiência das medidas voltadas a superar o calamitoso estado do sistema penitenciário brasileiro associou-se a um ambiente extremamente judicializado abrindo margem para a veiculação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Destarte, foi a crescente atuação da Suprema Corte em matéria de questões penitenciárias que circundou o acolhimento do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. Nessa perspectiva, em 13 de agosto de 2015 o STF concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário 592.581/RS iniciado em 2008, no qual decidiu em síntese que 'É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais'¹²⁶.

Semelhantemente, em março de 2016 no Recurso Extraordinário 841.526/RS iniciado em 2014, o STF decidiu que 'a morte de detento em

¹²⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592581**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016. p. 15

¹²⁵ Informações obtidas através do relatório INFOPEN de junho de 2016. Cf. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 11/09/2019.

¹²⁶ Tese fixada em sede de repercussão geral. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592581**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016.

estabelecimento penitenciário gera responsabilidade civil do Estado quando houver inobservância do seu dever específico de proteção¹²⁷.

Ainda sobre o tema, em maio de 2016 o tribunal findou o julgamento do Recurso Extraordinário 641.320/RS¹²⁸ iniciado no ano de 2011, e decidiu, com repercussão geral, que diante do precário quadro de vagas no sistema prisional ‘a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso’.¹²⁹

No ano de 2017 a corte, também em sede de repercussão geral, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 580.252/MS iniciado em 2008, no qual restou fixada a seguinte tese:

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 art. 37, § 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.

Em sentido semelhante, pendente de julgamento a ADI 5.170/DF, iniciada em 2014, na qual se busca, em síntese, obter-se interpretação conforme dos art. 43, 186 e 927 do Código Civil para fim de ser reconhecida como regra geral a responsabilidade civil do Estado por danos morais causados aos detentos submetidos a condições precárias, desumanas ou degradantes.

Todas essas ações precederam o ajuizamento da ADPF 347, de modo que podemos vislumbrar essa última enquanto ápice desse movimento de judicialização, mormente pelo fato de que através da mesma se pretende para além de providências particularizadas uma mudança estrutural no sistema de execução penal do país.

¹²⁷ Tese fixada em sede de repercussão geral. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário 841526**, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016, DJe 29.07.2016.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641320**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2016, DJe 29.07.2016.

¹²⁹ Em consequência ao julgado restou aprovada a súmula vinculante 56 a qual dispõe, *in verbis*: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em 13 out 2019.

Assim, numa compilação do catastrófico quadro de violações massivas e generalizadas a direitos humanos no cárcere, deduziu-se em juízo pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, com base no didático trabalho da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, petição inicial que se consubstanciou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347.

No articulado sustentou-se em apertada síntese, que: nosso sistema prisional é bárbaro, dominado por facções criminosas com a conivência do setor público; que existem falhas em todas as modalidades de assistência prisional; que são impostas aos presos penas que não estão previstas em lei.

Desse modo afirmou-se que são intoleráveis as condições de vida nas prisões brasileiras; que é necessária uma mudança diante das reiteradas condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao cumprimento de medidas provisórias para proteção da vida, integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade; que os problemas são históricos, mas vem sendo agravados pelo aumento da população prisional, apontado como 650% nos últimos 25 (vinte e cinco) anos; e que o STF deve exercer seu papel contramajoritário protegendo grupos vulneráveis¹³⁰.

Diante de tal cenário os autores postulam que deve ser adotada no Brasil a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, a qual, a despeito de não ter previsão legal é uma técnica decisória voltada à superação de falhas estruturais em políticas públicas. Afirmou-se ainda que o ECI é caracterizado pela imposição de medidas flexíveis aos poderes públicos mediante supervisão, e que através de uma ampla latitude de poderes teria o condão de superar ‘bloqueios institucionais’

Em conclusão do postulado foram formulados diversos pedidos cautelares e definitivos, que para fins didáticos os dividimos sinteticamente no quadro abaixo:

¹³⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC**. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 18 dez. 2019. DJe: 19 de fevereiro de 2016.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347	
MEDIDAS CAUTELARES	PEDIDOS DEFINITIVOS
<p>a. A determinação aos juízes e aos tribunais que motivem expressamente suas razões em caso de decretação ou manutenção de prisão provisória;</p> <p>b. Determinação de realização de audiência de custódia em até 24 horas da realização da prisão;</p> <p>c. Determinação aos juízes em considerar fundamentadamente o Estado de Coisas Inconstitucional na concessão de cautelares, na aplicação da pena e na execução penal;</p> <p>d. O reconhecimento que a pena real é maior que as penas juridicamente admitidas, e nesse sentido, que tenham preferência as medidas alternativas à prisão;</p> <p>e. O reconhecimento do poder-dever de abrandamento dos requisitos temporais para o reconhecimento de benefícios e direitos do preso quando se evidenciar que as condições do cárcere para a pena real for maior que a pena ficta;</p> <p>f. O reconhecimento do poder-dever aos juízes da execução penal de remir a pena quando, pelas condições do cárcere, a pena real for superior a pena ficta;</p> <p>g. A determinação ao Conselho Nacional de Justiça à realização de</p>	<p>a. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário Brasileiro;</p> <p>b. A confirmação das cautelares requeridas;</p> <p>c. A determinação ao governo federal que elabore de um Plano Nacional para superação do ECI no prazo de três anos, com propostas, metas específicas, recursos e cronograma;</p> <p>d. A submissão de tal Plano Nacional ao CNJ, PGR, OAB, DPU, CNMP, dentre outros órgãos e também para a sociedade civil mediante a realização de audiências públicas;</p> <p>e. A deliberação do STF sobre o plano nacional para homologá-lo ou impor medidas complementares aptas a superar o ECI;</p> <p>f. Após deliberação do plano nacional, impor aos Estados e ao Distrito Federal a elaboração de planos estaduais e distrital;</p> <p>g. Submeter os planos estaduais e distrital ao CNJ, PGR, DPU, OAB, dentre outros órgãos e também à sociedade civil mediante a realização de audiências públicas locais;</p> <p>h. A deliberação do STF sobre o plano estadual/distrital para homologá-lo ou impor medidas complementares aptas à superação do ECI na unidade federativa em questão;</p> <p>i. A monitoração do STF sobre a</p>

<p>mutirões carcerários que revisem todos os processos de execução penal em curso no país;</p> <p>h. A imposição do imediato desconstingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN;</p>	<p>implementação do Plano Nacional e dos Planos Estaduais e Distrital com auxílio do CNJ mediante processo público e transparente e aberto à participação colaborativa da sociedade até a superação do ECI no sistema penitenciário brasileiro;</p>
--	---

Em apreciação cautelar do deduzido, o plenário do Supremo Tribunal em sessão plenária de 09 de setembro de 2015 exarou o seguinte acórdão:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “**b**”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “**h**”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “**a**”, “**c**” e “**d**”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “**e**”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “**f**”; em relação à alínea “**g**”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e

Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015¹³¹.

No julgado a unanimidade foi reconhecido que o sistema penitenciário esta envolto num quadro dramático e generalizado de violação de direitos. Nesse sentido, a despeito de não constar expressamente do dispositivo do acórdão, infere-se da manifestação expressa dos ministros do STF o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Igualmente, depreende-se da aludida decisão que foram deferidos apenas dois pedidos cautelares, quais sejam, a determinação da realização de audiências de custódia (pedido b) e o descontingenciamento das verbas do FUNPEN (pedido h). Outrossim, deferiu-se cautelar de ofício para a requisição de informações à União e as unidades federativas que encaminhem informações sobre o sistema penitenciário.

Posteriormente foi apresentado aditamento à petição inicial questionando as disposições da superveniente Medida Provisória 755/2016, que em síntese, a) possibilita a utilização de verbas do FUNPEN para questões ligadas à segurança pública; b) reduz a receitas do FUNPEN; e, c) permite a transferência de 30% do superávit financeiro das fontes de recursos do fundo para outras finalidades.

A ação que iniciou em maio de 2015 completa mais de quatro anos. Foram apresentadas dezenas de informações pela União, unidades federativas e tribunais de justiça todo o país. Foram admitidos diversos sujeitos na condição de *amicus curiae* que também apresentaram informações. Também já houve manifestação da Procuradoria Geral da República no feito, contudo, não há previsão para o tema ser colocado em pauta.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC**. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 18 dez. 2019. DJe: 19 de fevereiro de 2016.

4. Aproximações e distinções entre a Corte Constitucional Colombiana e o Supremo Tribunal Federal

No momento acreditamos ser relevante destacarmos algumas diferenças que podem circundar o fenômeno da importação de uma teoria jurídica ao contexto brasileiro. Num primeiro momento vislumbramos um ambiente favorável ao ECI na medida em que dentro de uma visão Epistemológica do Sul. E esse o conceito podemos afirmar que se trata de um rearranjo científico de modo a reconhecer a possibilidade de produção do conhecimento a partir de países periféricos. Conforme estudamos no capítulo anterior a atuação da CCC tem sido uma ferramenta nesse sentido, pois representaria a produção de teses jurídicas a partir das necessidades latino-americanas. Sobre o tema o interessante pensamento de Tavares, para quem:

A expressão Epistemologias do Sul é uma metáfora do sofrimento, da exclusão e do silenciamento de povos e culturas que, ao longo da História, foram dominados pelo capitalismo e colonialismo. Colonialismo, que imprimiu uma dinâmica histórica de dominação política e cultural submetendo à sua visão etnocêntrica o conhecimento do mundo, o sentido da vida e das práticas sociais.¹³²

Nesse sentido, a Corte Constitucional Colombiana promove um rompimento epistemológico ao cunhar ineditamente uma tese jurídica, como a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional a partir de problemas locais. Essa atividade judicial é passível de reprodução nos países latino americanos, mormente, quando os problemas que fundamentara o ECI são muito semelhantes aos vivenciados em solo brasileiro.¹³³

¹³² Cf. TAVARES, Manuel. **Epistemologias do Sul**. Rev. Lusófona de Educação, Lisboa, n. 13, p. 183-189, 2009. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-72502009000100012&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 06 nov. 2019.

¹³³ Nesse sentido podemos destacar que segundo estudo da CEPAL a América Latina como um todo é a região mais desigual do mundo, sendo evidente que os problemas decorrentes dessa realidade social impactam diretamente na qualidade de vida dos cidadãos, como por exemplo, incrementando a violência e a marginalização. Cf. ONU. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **A ineficiência da desigualdade**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43569/S1800303_pt.pdf?sequence=4&isAllowed=y> Acessado em 09/11/2019

Por outro lado, mesmo rumando favorável para um constitucionalismo latino-americano não podem ser omitidas as acentuadas diferenças institucionais entre a Corte Constitucional Colombiana e o Supremo Tribunal Federal. Dessarte, enquanto o Supremo possui investidura¹³⁴ a CCC possui mandatos temporários. Outrossim, devido a formação constitucional da CCC a partir de 1991 as decisões da corte tendem a ser coletivas¹³⁵, enquanto que as decisões se dão mediante reunião dos votos individuais de cada ministro, sem obrigatoriamente ocorrer um debate entre eles. Essa ausência de coordenação e propriamente de diálogo entre os Ministros do STF vem sendo objeto de diversos questionamentos pela doutrina, dando ensejo a teoria das 11 ilhas.

Em artigo sobre o tema Mendes afirma:

Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos "do tribunal" quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros.¹³⁶

Prosseguindo nesse caminho, destacamos também a natureza jurídica da Corte Constitucional Colombiana, que como o nome indica é de um Tribunal

¹³⁴ Assim uma vez nomeado pelo Presidente da República os Ministros do Supremo Tribunal Federal adquirem a vitaliciedade no cargo podendo nele permanecer até a aposentadoria compulsória aos 75 (setenta e cinco) anos de idade. Note-se que a emenda constitucional 88/2015 através do artigo 100 dos atos das disposições constitucionais transitórias (ADCT) aumentou a idade de aposentadoria compulsória dos Ministros do STF de 70 para 75 anos, submetendo-os, contudo a nova sabatina pelo Senado. Esse novo requisito foi objeto de questionamento em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5316) movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe). Foi deferida liminar do tribunal que, dentre outras medidas, decidiu suspender a aplicação da expressão "*nas condições do art. 52 da Constituição Federal*" contida no art. 100 do ADCT, introduzido pela EC nº 88/2015, por vulnerar as condições materiais necessárias ao exercício imparcial e independente da função jurisdicional, ultrajando a separação dos Poderes, cláusula pétreia inscrita no art. 60, § 4º, III, da CRFB. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Associações de magistrados questionam no STF Emenda Constitucional 88**. Em: 08/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291179&caixaBusca=N>> Acessado em: 08/11/2019

¹³⁵ Cf. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-16052013-162225. Acesso em: 2019-11-06.

¹³⁶ Cf. Mendes, Conrado Hübner. "**Onze ilhas**". Folha de S. Paulo, 1º fev. 2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>> Acessado em: 08/11/2019

Constitucional enquanto o Supremo Tribunal Federal, apesar de órgão máximo do Poder Judiciário não pode ser pacificamente compreendido como tal.

Sobre o tema o magistério de Marco Cesar de Carvalho explica:

Pelo modelo clássico europeu, o STF não pode ser chamado de uma Corte Constitucional já que faz parte do Poder Judiciário, seus membros são indicados exclusivamente pelo chefe do Poder Executivo posteriormente a uma sabatina pelo Senado Federal, e, além de apreciar casos concretos e abstratos em seu controle de constitucionalidade, possui uma competência para assuntos que não são exclusivamente constitucionais, haja vista a função de seus membros junto ao TSE ou CNJ.¹³⁷

Desse modo, em relação ao Supremo Tribunal Federal lhe foram atribuídas competências mistas, exercendo funções de órgão revisor de outras instâncias e também órgão de controle de constitucionalidade perante o texto magno. Essa distinção guarda ainda consonância com o pensamento do grande teórico do direito Hans Kelsen, que defendeu:

Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando - como formulei anteriormente - como legislador negativo.¹³⁸

E nesse delineamento especialmente em relação à Corte Constitucional da Alemanha Gilmar Mendes sustenta:

A Corte Constitucional não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias. Ao revés, desempenha uma função especial — a *jurisdição constitucional*. Ela não atua como uma instância de revisão ou como um *Tribunal* ou um *Supertribunal de revisão*, destinada a examinar a legitimidade dos julgados de Tribunais inferiores. Sua

¹³⁷ CARVALHO, Marco Cesar de. **O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e a concepção de uma nova separação dos poderes do estado a partir da jurisdição constitucional**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

¹³⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p.263.

competência não resulta de uma *cláusula geral*, sendo definida precisamente na Lei Fundamental.¹³⁹

Ademais, o STF está topograficamente localizado dentro do Poder Judiciário sem a independência peculiar atribuída aos Tribunais Constitucionais. Assim, a atual conjuntura do STF vai de encontro ao entendimento majoritário de que “uma Corte Constitucional é uma jurisdição criada para reconhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situado fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos”.¹⁴⁰

A despeito de tais questões na doutrina de Eluã de Oliveira temos o entendimento de que o STF possui caráter de Corte Constitucional *sui generis*, e, portanto:

Pode-se concluir que o STF, com suas peculiaridades, é o guardião da Constituição e uma Corte Constitucional *sui generis*, uma vez que instaurou um terceiro e novo modelo de corte constitucional mesclando características do modelo de controle de constitucionalidade difuso norte-americano e do modelo de controle de constitucionalidade concentrado europeu.¹⁴¹

Sendo assim, vislumbramos que a doutrina apresenta algumas distinções entre a CCC e o STF, merecendo destaque o relativo déficit desse último por se encontrar num limbo entre um Tribunal Superior e uma Corte Constitucional. Também, levando em consideração o caráter individualizado das decisões do STF (teoria das 11 ilhas), para a legitimação do processo decisório torna-se imprescindível a abertura do processo decisório (audiências públicas e *amicus curiae*) e uma apuração aprofundada acerca do preenchimento dos pressupostos necessários para a importação de uma teoria externa como o ECI no Brasil.

¹³⁹ Mendes, Gilmar Ferreira **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha** / Gilmar Ferreira Mendes. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

¹⁴⁰ Cf. OLIVEIRA, Eluã Marques. **Supremo Tribunal Federal: uma corte constitucional sui generis**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 95 (abril-junho 2016). p.12 Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.02.PDF>. Acessado em: 09/11/2019

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 13

CAPÍTULO III - A LINGUAGEM JURÍDICA: LIMITES E POSSIBILIDADES

A linguagem, em seu sentido amplo - e nesse conceito nos valem da lição de Warat que nela inclui “todos esses sistemas e meios de comunicação, independentemente do material que utilizam”¹⁴² - foi um dos grandes diferenciais que possibilitou o dilatado desenvolvimento do homem em relação aos demais animais. Assim, o incremento do fenômeno linguístico abriu espaço para compartimentação dos variados conhecimentos possibilitando uma ímpar complexidade das relações sociais. Temos, portanto um substrato fértil para o desenvolvimento da linguagem científica e nessa esteira da linguagem jurídica.

Desse modo, categoricamente a linguagem exerce um papel central no direito, sendo razoável anuímos a assertiva de que “é problemático atualmente tratar do discurso jurídico sem atinar a seu meio exclusivo de aparição: a linguagem”.¹⁴³ Em outras palavras “para se materializar e ser captado o direito se manifesta através da linguagem, precisa dela para se revelar, para se mostrar. O fenômeno jurídico se materializa na linguagem”.¹⁴⁴

Essa importância ímpar da linguagem ao fenômeno jurídico é bem salientada nas lições de Tubingen, para quem:

Nenhuma outra profissão trata a linguagem de uma forma comparável a esta. O que caracteriza o aplicador do direito é uma constante mudança de código lingüístico da conceptualidade abstrata das leis e dos dogmas para as descrições mais ou menos concretas das situações factuais dos casos jurídicos e vice-versa (num constante <<ir-e-vir do olhar>> -- Engisch).¹⁴⁵

No mesmo sentido são os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho:

¹⁴² WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

¹⁴³ CARVALHO, Paulo de Barros. **O legislador como poeta: alguns apontamentos sobre a teoria flusseriana aplicados ao Direito**. IN: PINTO, Rosalice; CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; RODRIGUES, Maria das Graças Soares (Orgs.). *Linguagem e direito: perspectivas teóricas e práticas*. São Paulo: Contexto, 2019.

¹⁴⁴ MADEU, Diógenes. **Coleção direito vivo: introdução ao estudo e à teoria do direito** / Diógenes Madeu e José Fabio Rodrigues Maciel. – São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴⁵ TUBINGEN, Fritjof Haft. **Direito e linguagem**. In KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. p. 303.

Dentre os muitos traços que lhe são peculiares, o direito oferece o dado da linguagem como seu integrante constitutivo. A linguagem não só fala do objeto (ciência do direito) como participa de sua constituição (direito positivo). Se é verdade que não há fenômeno jurídico sem prescrições escritas ou não escritas, também é certo que não podemos cogitar de manifestação do direito sem linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão.¹⁴⁶

Desse modo, não enseja maiores questionamentos a compreensão da linguagem enquanto elemento central para o direito. De outra via, conforme veremos a seguir, não é possível afirmarmos a existência de uma uniformidade doutrinária quanto a seu papel ontológico no campo jurídico (instrumental, performativo, fabulador).

1. Os limites da linguagem e as novas possibilidades a partir da virada lingüística

Podemos afirmar que uma visão tradicional acerca do papel da linguagem é trazida pelo simbolismo lógico. Para essa corrente de pensamento há uma delimitação da linguagem enquanto um mecanismo de representação daquilo que é visualizado pelo sujeito, ou seja, um código de descrição da realidade objetiva, que por si, revela a essência que lhe é inerente e independente do observador.¹⁴⁷ Em conseqüência, “a verdade se caracteriza exatamente pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, como a fórmula aristotélica e medieval. A linguagem é apenas instrumento que comunica / transporta essências e / ou conceitos verdadeiros”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos**. *Rev. direito GV* [online]. 2010, vol.6, n.1 [cited 2020-02-15], pp.295-312. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100014&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322010000100014>.

¹⁴⁷ Cabe destacar a existência de reflexões que problematizam além da linguagem a própria eleição do logocentrismo enquanto meio definitivo e legítimo de representação. Sobre o tema o filósofo Jacques Derrida defende que o logocentrismo seria uma opção metodológica tipicamente ocidental, ‘é a metafísica grega, nascida com o alfabeto grego’. Assim, segundo o autor teríamos um etnocentrismo adjacente ao conceito de escrita, um etnocentrismo original, poderoso e em vias de se impor ao planeta. DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**, trad. br. Mirian Chnaiderman e Renato Ribeiro, São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 3-6.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da**

Essa perspectiva é bem trabalhada nas lições do ‘primeiro Wittgenstein’ que procurou através de uma linguagem lógica e fortemente influenciado pelas ciências matemáticas estabelecer uma correlação ontológica entre a linguagem e o mundo que o rodeia. Nesse sentido destacamos algumas sentenças de seu *Tractatus Logico Philosophicus*, que bem expressam esse pensamento:

2.0122. A coisa é autônoma enquanto puder aparecer em tôdas as situações possíveis, mas esta forma de autonomia é uma forma de conexão com o estado de coisas, uma forma de heteronomia. (É impossível palavras comparecerem de dois modos diferentes, sôzinhas e na proposição.).

2.0123. Se conheço o objeto, também conheço tôdas as possibilidades de seu aparecer em estados de coisas. (Cada uma dessas possibilidades deve estar na natureza do objeto.) Não é possível posteriormente encontrar nova possibilidade.

7. O que não se pode falar, deve-se calar.¹⁴⁹

Nessa toada, através de uma linguagem ideal com enfoque nos aspectos sintáticos e semânticos da linguagem o positivismo lógico influencia o positivismo jurídico, o qual por sua vez, destina ao intérprete o desiderato de desvendar o sentido próprio e inato das prescrições normativas. E sobre os aludidos aspectos sintáticos e semânticos, destaquemos breve síntese das lições de Tércio Sampaio sobre o tema, e desse modo, a sintática ou sintaxe estaria situada no primeiro plano da linguagem sendo uma análise das normas em relação a elas mesmas (signos entre si). De outra via a semântica se apresentaria num segundo plano lingüístico e designaria a conexão dos signos e seus objetos, por exemplo, normas em relação ao objeto normado. E por fim, a pragmática, que seria subsidiária, representaria uma conexão situacional, trazendo normas em relação à sua função. Essa pragmática ainda poderia ser compreendida em três tipos básicos de análise: a) teoria do uso de sinais; b) pragmática como lingüística do diálogo; c) pragmática como teoria da ação locucionária.¹⁵⁰

construção do Direito. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 105.

¹⁴⁹ Wittgenstein, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**; Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª edição (bilíngüe) revista e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

¹⁵⁰ Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro, Forense, 2006.

Em acréscimo o rigor lingüístico resta eleito enquanto fundamento para o alcance da verdade. Desse modo, “fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural”¹⁵¹ e, por conseguinte, o “método correto em filosofia seria propriamente: nada dizer a não ser o que pode ser dito”.¹⁵² Tal perspectiva é corroborada por Norberto Bobbio ao afirmar que a linguagem aliada a uma metodologia rigorosa seria um dos fundamentos para o reconhecimento do caráter científico do direito. Nas palavras do filósofo:

‘La cientificidad de un discurso no consiste en la verdad, es decir, en la correspondencia de la enunciación con una realidad objetiva, sino en el rigor de su lenguaje, es decir, en la coherencia de un enunciado con todos los demás enunciados que forman un sistema con aquél’.¹⁵³

Esse pretense ideal é passível de variados questionamentos, na medida em que mesmo nas ciências exatas, mormente a partir do princípio da incerteza de Heisenberg, se reconhece a impossibilidade de mensurar um objeto com precisão absoluta. Sobre o tema a reflexão de Jerome Frank:

Even in physics and chemistry, where a high degree of quantitative exactness is possible, modern leaders of thought are recognizing that finality and ultimate precision are not to be attained. The physicists, indeed, have just announced the Principle of Uncertainty or Indeterminacy. If there can be nothing like complete definiteness in the natural sciences, it is surely absurd to expect to realize even approximate certainty and predictability in law, dealing as it does with the vagaries of complicated human adjustments.¹⁵⁴

Em sentido semelhante Sigmund Freud em carta dirigida a Albert Einstein questiona a ciência, particularmente a física, enquanto metanarrativa

¹⁵¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.p. 37.

¹⁵² Inferência a partir da sentença 6.53. do Tractatus de Ludwig Wittgenstein. Cf. Wittgenstein, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**; Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª edição (bilíngüe) revista e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **Ciencia del derecho y análisis del lenguaje**. In: Contribucion a la teoría del derecho. Madrid: editorial debate, 1990, p. 180.

¹⁵⁴ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 7.

alertando para possibilidade de consubstanciar-se com o mito. Nas palavras do fundador da psicanálise:

Talvez ao senhor possa parecer serem nossas teorias uma espécie de mitologia e, no presente caso, mitologia nada agradável. Todas as ciências, porém, não chegam, afinal, a uma espécie de mitologia como esta? Não se pode dizer o mesmo, atualmente, a respeito da sua física?¹⁵⁵

Desse modo, se em relação às ciências exatas a correspondência absoluta é uma impossibilidade ou um mito, a linguagem jurídica não pode pretender uma compreensão estática. Nas palavras da professora Elza Cunha, acertadamente: “a descrição de um texto jurídico não constitui uma atividade definível em si mesma, mas definível no interior de um quadro de interesses específicos com apelo a situações contextuais”.¹⁵⁶ E compreendendo o direito enquanto discurso afirma a ilustre professora:

Se nossa hipótese é correta, o discurso jurídico não constitui um sistema próprio, um esquema de sentido autônomo, abstraído das suas etapas fundamentais de existência: o direito concebido, o direito posto e o direito vivido. A compreensão do direito só é possível a partir destas etapas que o relacionam com os elementos instrumentais e ideológicos do sistema jurídico.¹⁵⁷

Nesse sentido, é pertinente o argumento de Streck, para quem:

Os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Com isto, pretendem os neopositivistas reduzir a significação ao campo referencial, construindo, dessa maneira, o mito do referente puro.¹⁵⁸

A impossibilidade da pureza da linguagem é bem registrada no magistério de Warat, para quem “na verdade, as linguagens não se esgotam nas

¹⁵⁵ FREUD, Sigmund. (1933a). **Por que a guerra?** Rio de Janeiro: Imago, 2006. (ESB, 22).

¹⁵⁶ Cf. CUNHA, Elza Antonia Pereira. **O discurso jurídico e a ideologia do interesse geral**. 1984. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas – Especialidade Direito) Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, Florianópolis. p. 36.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 51

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 142.

informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais”.¹⁵⁹ E, nesse sentido, o prestigiado professor conclui:

Dessa forma, os positivistas lógicos silenciam completamente o fato de que a ideologia pode ser também considerada como uma dimensão pragmática da linguagem. A ideologia não só encontra-se presente no discurso natural, como também constitui um sistema de evocações contextuais surgidas no uso pragmático do discurso científico.¹⁶⁰

Semelhantemente se apresentam as lições de Paulo de Barros Carvalho, para quem:

A instável relação entre os homens, no turbulento convívio social gera inevitáveis mutações semânticas, numa sucessão crescente de alterações que se processam no interior do espírito humano. Aquilo que supúnhamos ser objeto de inabalável convicção em específico momento de nossa existência, fica desde logo sujeito a novas conformações que os fatos e as pessoas vão suscitando, no intrincado entrelaçamento da convivência entre os sujeitos de Direito.

[...]

Os signos do Direito surgem e vão-se transformando ao sabor das circunstâncias. Os fatores pragmáticos, que intervêm na trajetória dos atos comunicativos, provocam inevitáveis modificações na amplitude de irradiação dos valores significados, motivo pelo qual a historicidade é aspecto indissociável do estudo das mensagens comunicacionais.¹⁶¹

Ademais, no entendimento de Lênio Streck tal esforço metodológico do positivismo é uma ‘fetichização’ do discurso jurídico, pois, “através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições (histórico-sociais) que a engendra(ra)m, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’ ”.¹⁶²

¹⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 15.

¹⁶⁰ Ibid., p. 46.

¹⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **O legislador como poeta: alguns apontamentos sobre a teoria flusseriana aplicados ao Direito**. IN: PINTO, Rosalice; CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; RODRIGUES, Maria das Graças Soares (Orgs.). *Linguagem e direito: perspectivas teóricas e práticas*. São Paulo: Contexto, 2019.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 16.

Nesse sentido, a defesa da linguagem enquanto mero instrumento descritivo tenta sub-repticiamente atribuir ao direito uma posição de distanciamento social manifestamente incompatível com a realidade subjacente à sua produção e interpretação. Essas pretensões idealizadoras almejam ofuscar a violência inerente à sua imposição, e no ponto é possível uma correlação com o pensamento de Pierre Bourdieu e sua teoria sobre o poder simbólico. Para esse autor o direito tem por objetivo ocultar seu papel de violência simbólica por excelência e utiliza para tanto ferramentas como a monopolização dos meios jurídicos através da racionalização e divisão de trabalho entre agentes consagrados e profanos, a apriorização combinando elementos da língua comum e elementos próprios numa retórica de impessoalidade, a neutralização através de características sintáticas predominantemente impessoais, a universalização que busca exprimir generalidade das regras estabelecidas, dentre outras.¹⁶³

Portanto, não há imunidade do campo jurídico e sua linguagem em relação as investidas subjetivas, ideológicas e mesmo místicas¹⁶⁴ que diuturnamente lhe são endereçadas. E, é nessa esteira que se apresentam análises mais amplas sobre as possibilidades da linguagem. Essas novas percepções são decorrentes principalmente de uma ruptura paradigmática que restou conhecidas como virada lingüística.

Para Lênio Streck “é em Nietzsche que se produz uma ruptura do paradigma metafísico-essencialista vigente desde a antiguidade grega”, e assim, segundo o autor são dignas de reiteração suas célebres frases como: “Frente ao

¹⁶³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

¹⁶⁴ Sobre o tema Robert Vachon faz acentuada crítica ao positivismo irrefletido, pois, para o autor essa seria a manifestação própria de um misticismo. Segundo Vachon, mesmo no positivismo as premissas escapam muitas vezes a uma lógica estritamente objetiva. Nas palavras do autor: “Et il em est ainsi por tout système juridique, même pour celui qui prétend se fonder sur la raison et la Science (le nouveau mythe!). C’est qu’une culture juridique, c’est plus qu’un système, une structure, une logique, um logos. C’est um tout, um univers, une vision, une weltanschauung animés d’un cœur et d’une âme. Un mythos! Toute culture juridique a une dimension mythique”. Cf. VACHON, Robert. **L’étude du pluralisme juridique: une approche diatopique et dialogale**. The journal of legal pluralismo and unofficial law, n. 29, 1990. p. 163-173. Semelhantemente se apresenta a crítica de Stanley Ingber sobre a neutralidade da lei: ‘A recurring myth of law is neutrality as symbolized by blindfolded justice. One manifestation of this myth is the repeated dream that the legal process be nonideological’. Cf. INGBER, Stanley. **Interface of Myth and Practice in Law**, The, 34 Vand. L. Rev. 309 (1981)

positivismo que pára perante os fenômenos e diz: ‘ Há apenas fatos’, eu digo: ‘Ao contrário, fatos é o que não há: há apenas interpretações’¹⁶⁵.

Nesse sentido, a originalidade desse movimento nos dizeres de Rachel Nigro se destaca pelo fato de que:

[...] pela primeira vez no pensamento ocidental, a visão platônica do mundo foi questionada na sua raiz, ou seja, no pressuposto de que existe uma separação, e mesmo uma oposição, entre a realidade “nua” e a representação lingüística dessa realidade.¹⁶⁶

Nesse sentido a linguagem passa a ser compreendida não como uma simples apreensão objetiva / descritiva pelo sujeito de objetos previamente existentes. E assim, podemos concluir que:

Ou seja, não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objetivo que possa ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente.¹⁶⁷

Desse modo a linguagem se apresenta enquanto uma relação comunicativa entre sujeitos, os quais têm um papel ativo na construção da própria realidade. Dessa forma a linguagem “[...] tem papel constitutivo na nossa relação com o mundo, mas não é um objeto do mundo e, por isso, não podemos simplesmente submetê-la às distinções tradicionais, como entre ‘realidade’ e ‘representação’ ”.¹⁶⁸

Corroborando essas reflexões Jeannette Antonios Maman afirma:

Eis aí a virada lingüística a que nos propomos. Não se pode mais pensar o direito sem vivenciar a experiência dos fenômenos com os quais nos confrontamos. Fugir a isso é nos negarmos, é

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014 p. 116-117.

¹⁶⁶ NIGRO, Rachel. **A virada lingüístico-pragmática e o pós-positivismo**. Direito, Estado e Sociedade. N. 34, p. 170-211, jan/jun 2009. p. 178

¹⁶⁷ STRECK, op. cit., p. 45.

¹⁶⁸ NIGRO, op. cit., p. 179

instalar o princípio da disjunção, separar o sujeito pensante e o objeto a ser conhecido.¹⁶⁹

A relevância de tal modificação histórico-filosófica é traduzida nas lições de Lênio Streck que sentencia:

Passa-se, enfim, da essência para a significação, onde o importante e decisivo não está em saber o que são as coisas em si, mas saber o que dizemos quando falamos delas, o que queremos dizer com, ou que significado têm as expressões lingüísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas.¹⁷⁰

Em termos estruturais podemos afirmar que a referida 'virada lingüística' favorece a análise pragmática da linguagem, a qual 'projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais'.¹⁷¹ Dessa forma podemos entender que a análise da linguagem é ampliada e assim 'está ligada não mais ao conhecimento das coisas, mas à liberdade dos homens'.¹⁷²

Um dos grandes teóricos desse movimento foi novamente Ludwig Wittgenstein, que em superação a sua primeira fase vinculada a concepção lingüística da lógica tradicional (Tratado Lógico-Filosófico), em sua segunda fase (Investigações Filosóficas) passa a compreender a linguagem enquanto um fenômeno dinâmico, interativo, e que deve ser concebida através de jogos de linguagem.

Sobre o tema a interessante explicação de Rachel Nigro que afirma:

Para dar conta das variadas formas de expressão lingüística, Wittgenstein cunha o termo "jogos de linguagem", sobretudo para acentuar o fato de que, em contextos diversos, surgem regras diversas para dar conta do processo de significação. Assim, a

¹⁶⁹ Maman, J. A. (2003). **Língua e linguagem: os artificios e a verdade jurídica**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 98, 503-508. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67599>

¹⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.45.

¹⁷¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.p. 47

¹⁷² FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. Michel Foucault; tradução Salma Tannus Muchail. 8º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.313

função da linguagem e a sua “lógica” é sempre relativa à forma de vida de uma determinada comunidade à qual está integrada. O sentido das expressões lingüísticas somente pode ser determinado em relação às regras daquele determinado contexto, isto é, daquele determinado jogo de linguagem¹⁷³.

Igualmente sobre os jogos de linguagem prossegue Lenio Streck:

No jogo de linguagem, o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele, juntamente com outros indivíduos estabeleceu. Entretanto, mesmo seguindo as mesmas regras, ninguém joga o mesmo jogo. [...] Enfim, Wittgenstein supera a metafísica, o essencialismo e a teoria tradicional da significação. Isto fica claro porque, para a semântica tradicional, a significação de uma palavra dependia de sua ordenação-objetiva, mesmo que os objetos não fossem necessariamente entidades concretas. A teoria dos jogos rejeita essa perspectiva. No plano da semiótica, é possível dizer, finalmente, que os problemas da semântica só são revolidos na medida em que ela atinja uma dimensão pragmática.¹⁷⁴

Assim, Wittgenstein passa a sustentar nessa segunda fase que “o falar de uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida”.¹⁷⁵ Desse modo, “abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico”.¹⁷⁶

Também acompanha esse movimento o filósofo John Austin, que criticando o pretensu idealismo da linguagem a insere no contexto de ação, e não somente uma descrição objetiva da realidade. Assim, a linguagem é performativa não existindo uma natureza própria das coisas que permita conceitos absolutamente descritivos. Nas palavras do filósofo “muitos proferimentos que parecem declarações não têm, ou têm apenas em parte, o propósito de registrar ou transmitir informação direta acerca dos fatos”.¹⁷⁷

Nessa toada, passa a ser trabalhado o papel performativo da linguagem pelo qual sua condição estaria correlacionada a uma gama de ações

¹⁷³ NIGRO, Rachel. **A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo**. Direito, Estado e Sociedade. N. 34, p. 170-211, jan/jun 2009.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 146

¹⁷⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Ed. Nova Cultural (Col. Os Pensadores – trad.: José Carlos Bruni), 2000. Sentença 23. P. 22.

¹⁷⁶ STRECK, op., cit. p. 144.

¹⁷⁷ AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**./ John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

possíveis através da fala. Desta forma para Austin o proferimento performativo seria “aquela expressão lingüística que não consiste, ou não consiste, apenas, em dizer algo, mas em fazer algo, não sendo um relato, verdadeiro ou falso, sobre alguma coisa”.¹⁷⁸

Nesses termos, consoante o entendimento de Rachel Nigro:

Austin realiza a virada lingüística ao propor a noção de ato de fala como unidade de significação e ao subtrai-lo da autoridade do valor de verdade exigida do enunciado em sentido clássico. Um ato de fala é acima de tudo uma performance que vai além do mero proferimento lingüístico e pode até mesmo, em certas ocasiões cotidianas, prescindir de palavras. [...] Um performativo não é verdadeiro ou falso, mas possui uma determinada força (ilocucionária e perlocucionária). O performativo é uma “comunicação” que não se limita essencialmente a transportar um conteúdo semântico.¹⁷⁹

Partindo de tal pressuposto Austin inova a filosofia da linguagem defendendo uma teoria atos de fala¹⁸⁰ a partir da distinção entre os atos constatativos e performativos, e a definição de conceitos correlatos como os atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Abreviadamente o ato locucionário seria aquele dirigido aos elementos lingüísticos da frase proferida, a unidade completa do discurso. Já ato ilocucionário estaria relacionado a um papel performativo correlato, os objetivos e intenções intrínsecas do discurso. E, finalmente, o ato perlocucionário seria relacionado com a influência ou efeitos que a linguagem produz no interlocutor.¹⁸¹

Para além dessas apreciações que, por si, representam uma ruptura do modelo filosófico então vigente o professor Luis Alberto Warat defende ser possível empreender um caminho ainda mais arrojado no âmbito da linguagem.

¹⁷⁸ AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer.**/ John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

¹⁷⁹ NIGRO, Rachel. **A virada lingüístico-pragmática e o pós-positivismo.** Direito, Estado e Sociedade. N. 34, p. 170-211, jan/jun 2009.

¹⁸⁰ Essa teoria dos atos de fala restou desenvolvida por John Austin de um conjunto de conferências proferidas na Universidade de Harvard em 1955 e também em Oxford, de 1952 a 1954. Essas apresentações foram reunidas na obra *How to do things with words* (1962). Um maior detalhamento sobre o tema pode ser obtido no trabalho de Paulo Ottoni. Cf. OTTONI, Paulo. **John Langshaw Austin e a Visão Performativa da Linguagem.** DELTA, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 117-143, 2002. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502002000100005&lng=en&nrm=iso>. access

on 23 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-44502002000100005>.

¹⁸¹ AUSTIN, 1990, op. cit., passim.

Isso porque, para esse autor mesmo com a elogiável ênfase da pragmática na Filosofia da Linguagem Ordinária não se atingiu os fatores sócio-políticos que permeiam seu funcionamento.¹⁸² Desse modo, o professor propõe o estabelecimento uma semiologia do poder, por meio da qual, se pretende:

[...] analisar a significação como instrumento de controle social, como estratégia normalizadora e disciplinar dos indivíduos, como formula produtora do consenso, como estágio ilusório dos valores de representação, como fetiche regulador da interação social, como poder persuasivo provocador de efeitos de verossimilhança sobre as condições materiais da vida social, como fator legitimador do monopólio da coerção e como fator de unificação do contraditório exercício do poder social.¹⁸³

Para o doutrinador, “aceitando-se que o direito é uma técnica de controle social não podemos deixar de reconhecer que seu poder só pode manter-se estabelecendo certos hábitos de significação”.¹⁸⁴ Assim, é falha e mistificadora a propositura de analisar a linguagem do direito a partir de uma concepção estritamente objetiva, pois, “um discurso coerente e sistemático não deixa, por isso, de ser ideológico”.¹⁸⁵ Nesse sentido nas palavras do autor:

A análise funcional sustenta, assim, que o processo de significação não depende unicamente das relações internas dos signos, mas também de um sistema de evocações provenientes dos contextos de uso, que, por sua vez, são determinados pelos objetivos do emissor, pela materialidade ideológico-política da sociedade e pelos dados do contexto comunicacional.¹⁸⁶

Enquanto substrato de sua tese Warat apresenta a teoria do “senso comum teórico dos juristas (SCTJ)”, a qual retrataria em síntese os mecanismos estabelecidos pelos próprios profissionais do direito que tem por pretensão alcançar significados imanentes e circulares. Em perspectiva semelhante Pierre Bordieu apresenta a idéia do ‘*corpus*’ jurídico, que é formado nos seguintes moldes:

As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está

¹⁸² WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.p. 64.

¹⁸³ Ibid., p. 18

¹⁸⁴ Idem., 1987. p. 58

¹⁸⁵ WARAT, op. cit., p. 50

¹⁸⁶ Ibid., p. 50

duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.¹⁸⁷

Em conclusão sobre o tema argumenta Warat:

Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípio para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades¹⁸⁸.

Numa visão mais conciliadora destacamos ainda o entendimento do ilustre professor Tércio Sampaio, que a despeito de reconhecer a importância da linguagem no direito não atribui a essa um caráter incondicional. Nas palavras do filósofo:

Afirmamos, neste sentido, uma relação básica, embora não reducionista, entre direito e linguagem. Aceitamos limitadamente que o fenômeno jurídico tem, basicamente, um sentido comunicacional, que nos coloca sempre no nível da análise lingüística. Todo direito tem por condição de existência a de ser formulável numa linguagem. Dizemos, entretanto, *limitadamente*, porque recusamos a redução total do direito à linguagem, mesmo tomando-se esta num sentido amplo de comunicação. A diferença está em que não pretendemos estudar a linguagem do direito ou da sua manifestação normativa, mas investigar o próprio direito, enquanto necessita, para a sua existência, da linguagem.¹⁸⁹

O panorama até aqui exposto não nos encoraja a defender uma metanarrativa que possa aprisionar o papel da linguagem à formas estanques de manifestação, inclusive sob a ótica do direito. Nossa perspectiva vai ao encontro da impossibilidade de se vislumbrar certezas definitivas a partir de teorias jurídicas. Outrossim, como atribuir tamanha autoridade a esse campo do

¹⁸⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 211.

¹⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. **As vozes incógnitas das verdades jurídicas**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 57-61, jan. 1987. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16456/15110>>. Acesso em: 26 fev. 2020. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>. p. 59.

¹⁸⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica** (3ª ed.). Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 181

conhecimento se, parafraseando Cavalcanti Netto, “só as alegorias alcançam descrever o indescritível e lembram o absolutamente esquecido, de modo que, o mito é a verdade em que ninguém acredita ou mentira na qual todo mundo crê”.¹⁹⁰

De qualquer modo, nos parece inafastável o protagonismo daquela em relação ao fenômeno jurídico. Por conseguinte, direcionamos nossa compreensão para a linguagem enquanto fruto de um tempo e uma cultura, que assim não pode ser vista simplesmente como uma mera identidade lógica de formas e sinais.¹⁹¹ Portanto, inevitavelmente o direito também é influenciado por uma concepção ideológica em razão dos processos que lhe são subjacentes.

Essa reflexão nos permite adentrar mais firmemente ao âmago da decisão do Supremo Tribunal Federal que na ADPF 347 declarou o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. A proposta dessa análise é pragmática visando no passos de Warat¹⁹² atingir substratos que estão além da superfície normativa e judicial, alcançando fatores políticos e ideológicos subjacentes.

2. A expansão discursiva da jurisdição constitucional do STF na cautelar da ADPF 347 e a ausência de paralelismo com a CCC

Em 09 de setembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. A ação foi apreciada cautelarmente pelos ministros e conforme destacado no capítulo II foi reconhecido, ainda que timidamente, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema penitenciário brasileiro, tendo sido deferidos dois dos dezessete pedidos formulados (quais sejam o descontingenciamento das verbas do FUNPEN e realização de audiências de custódia).

¹⁹⁰ CAVALCANTI NETO, João Uchôa. **O direito, um mito**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Record, 1989. p.12,22.

¹⁹¹ VOGT, Carlos. **Linguagem, pragmática e ideologia**. São Paulo: HUCITEC; Fundação de Desenvolvimento da Unicamp, 1980. p. 86.

¹⁹² WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

Nas palavras do ilustre relator ministro Marco Aurélio:

Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”.

Cotejando os respeitáveis votos (e as respectivas razões) dos ilustres ministros do STF ao amplo horizonte de possibilidades trazido pela virada lingüística, e com ênfase nos aspectos pragmáticos da linguagem acabamos por corroborar a tese de que uma decisão judicial a despeito de sua representação comunicativa escrita em signos pode escamotear objetivos outros que não necessariamente aqueles veiculados no discurso.

Nesse ponto, o destaque a pragmática se apresenta no fato de que segundo balizada doutrina:

A pragmática, terceira parte da semiótica, trata dos modos de significar, dos usos e das funções da linguagem. Parte-se da ideia de que fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões. Isto porque, quando se utilize uma expressão em um contexto comunicacional, esse emprego provoca uma alteração na estrutura conceitual.¹⁹³

Desta forma, conscientes do papel histórico e constitutivo do ato interpretativo defendemos a tese de que o STF na referida decisão cautelar utilizando-se das possibilidades da linguagem e da retórica pretendeu alcançar objetivos distintos daqueles expressamente reproduzidos no acórdão, como por exemplo, ampliar os limites da jurisdição constitucional a partir da teoria do ECI

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 142.

desviando-se, contudo, das diretrizes de sua aplicação na Corte Constitucional Colombiana.

O alerta quanto a essa indevida dissociação é feito pela professora Elza Boiteux que sustenta: “É possível ordenar palavras sintaticamente, deixando-as intencionalmente com desordem de sentido, de forma que se justifique qualquer interpretação arbitrária e casuística”.¹⁹⁴ Assim, por intermédio do discurso¹⁹⁵ inserido dentro da decisão judicial se pretendeu alcançar não apenas a persuasão (pretensão perlocucionária), mas realmente modificar a realidade jurídica e social sem necessariamente existir um compromisso posterior com as próprias fórmulas jurídicas expressadas pelos ilustres julgadores.

O desiderato ampliador da jurisdição constitucional na ADPF 347 é inferido da lição basicamente uniforme trazida pela doutrina e pela da jurisprudência da CCC de que, conforme ressaltamos no capítulo I, a adoção da teoria do ECI implica em medidas inéditas e flexíveis tomadas a partir do Poder Judiciário no objetivo de induzir, executar, coordenar e monitorar políticas públicas.

Esse também é o raciocínio trazido pelo ministro Marco Aurélio que sustenta:

Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. [...] Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. (Min. Marco Aurélio).¹⁹⁶

¹⁹⁴ BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. **Veracidade e mentira no contexto democrático**. Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – n. 6/2017. p. 227-242, 2017.

¹⁹⁵ Sobre o conceito de discurso nos valemos do entendimento do professor Tércio Sampaio, para quem: O discurso é um ato entre homens e deve ser concebido como ação lingüística, isto é, ação dirigida a outros homens, em oposição ao mero agir. Mais que isso, trata-se de uma ação que apela ao entendimento de outrem, sendo esta a sua finalidade primordial. Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **"Notas para uma Pragmática do Discurso"** in Esboço de Figura: homenagem a Antônio Cândido, Livraria Duas Cidades, São Paulo, 1979.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acessado em 26/02/2020.

Esse posicionamento de expansão da jurisdição demanda cautela na medida em que incorporar o ECI no Brasil é paralelamente corroborar uma politização maximizada da justiça, com as benesses e os inconvenientes de tal medida.

Refletindo sobre os riscos de tal caminho Bonavides pondera:

Se medidas não forem tomadas em tempo para coibir o abuso que tem conduzido a uma politização exagerada da justiça constitucional, a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo, exercitando, em favor deste, a função normativa que as Cortes Constitucionais, quer queiram, quer não, têm exercitado, por via interpretativa, na ordem concreta dos fatos e da realidade, como uma espécie de legislativo paralelo e invisível.¹⁹⁷

Desta forma, ainda que vislumbremos um ambiente jurídico favorável à incorporação da teoria do ECI no Brasil, mormente em razão de um salutar diálogo jurisprudencial a partir de uma visão epistemológica do Sul (conforme dissertamos anteriormente), é evidente que essa proposta impõe – ou deveria impor – uma grande carga argumentativa ao STF de modo a enfrentar os legítimos questionamentos e possíveis dificuldades que recaem sobre a importação de um instituto jurídico.

Nesse caminho deve-se atentar primeiramente para um posicionamento consentâneo com os parâmetros adotados CCC, sob pena de uma distorção da teoria, ou ainda a criação de um novo instituto que não o Estado de Coisas Inconstitucional.

Igualmente, sob o viés da linguagem a adoção da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional não deixa de ser um ato fabulatório¹⁹⁸ mormente enquanto fruto de construção jurisprudencial sem previsão legal expressa e desenvolvida a

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Aug. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. access on 05 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>.

¹⁹⁸ O ato fabulatório nas palavras de Warat é aquele incidente sobre a racionalidade do direito e apoia-se por uma ampla gama de recursos linguísticos: falácias, tópicos, esteriótipos, processos redefinitórios, etc WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p.68

partir da ampliação da ação de tutela do direito constitucional colombiano, ainda com influências históricas nos denominados litígios estruturais do direito norte-americano na década de sessenta.

Abordando o tema são de peculiar didatismo as lições de Florence Haret para quem:

Diz-se que está em função fabuladora o discurso quando, para ter validade no sistema a que se refere, volta-se apenas ao significado de seu objeto, sem que para isso lhe seja demandada sua verdade ou falsidade no sentido de correspondência fática dele com aquilo a que se refere. São enunciados constitutivos de realidade, podendo se apresentar como ficção, como presunção ou como hipótese normativa. A linguagem utilizada em função fabuladora não se preocupa em descrever algo, mas em constituir signo apto a cumprir com funções comunicacionais específicas naquele determinado sistema. [...] O direito frequentemente utilizará sua linguagem em função fabuladora, tendo por fundamento a crença que os usuários do direito atribuem ao sistema normativo, credo este que se constitui como alicerce de toda a sua prescritividade.¹⁹⁹

E nessa ótica é conveniente atentarmos para a advertência de Warat para quem:

Um dos efeitos mais interessantes do uso fabulador é o que permite proclamar a defesa abstrata de certos valores, para logo violá-los ou empregá-los na consolidação de outros valores ou interesses tipicamente identificados com os que se defende. Assim, por vezes, através da condição fabuladora de sentido, pretende-se fazer acreditar que há uma proteção ao homem em abstrato, esquecendo-se suas condições reais de existência.²⁰⁰

Desse modo, ainda que bem demonstrada pela virada lingüística a inviabilidade de uma linguagem pura ou meramente descritiva do direito, a sua função criativa deve ser prioritariamente do poder legislativo. Nesse sentido Haret prossegue:

¹⁹⁹ HARET, Florence Cronemberger. **Presunções no Direito Tributário: Teoria e prática**. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Econômico e Financeiro. FDUSP. 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger_Haret_Versao_final_Arquivo_completo.pdf > Acesso em: 28 nov 2019. p.99

²⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p.68

O legislador é o agente competente para criar esses objetos metafísicos permeados entre os enunciados do direito em planos abstratos. Com o escopo de prescrever condutas, cria realidade jurídica e o faz por meio dos instrumentos juridicizados: ficção jurídica, presunção legal e hipótese normativa.²⁰¹

Esse espaço deve ser reservado para evitar que, parafraseando o pensamento de Ingeborg Maus, os espaços de liberdade dos indivíduos não se transformem em produto de decisão ou arbítrio judicial em cada caso.²⁰² Acerca dessa problemática Renata Lima e Carolina de Albuquerque relembram que os estudos alertam “o perigo do manuseio de instrumentos criados pelo próprio Judiciário, principalmente em contexto de neoconstitucionalismo e ativismo judicial”,²⁰³ sendo possível falar que para parte da doutrina há um rompimento das fronteiras entre o direito e a política.

Tais reflexões não devem ser minimizadas, sobretudo quando nosso tribunal máximo se arvora na condição de intérprete último do texto magno consoante se depreende da ementa abaixo na ADI 3.345 de relatoria do ilustre decano ministro Celso de Mello:

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. **No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la".** Doutrina. Precedentes. A

²⁰¹ HARET, Florence Cronemberger. **Presunções no Direito Tributário: Teoria e prática**. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Econômico e Financeiro. FDUSP. 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger_Haret_Versao_final_Arquivo_completo.pdf > Acesso em: 28 nov 2019. p.100

²⁰² MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

²⁰³ Lima, R., & Albuquerque, C. (2019). **O estado de coisas inconstitucionais: caminhos adotados pelo judiciário brasileiro**. *Revista Direito Em Debate*, 28(52), 236-250. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.236-250>

interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que **o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.** (destaquei) [ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.] (destaquei)

Portanto, afigura-nos ilegítimo um discurso judicial desprendido de seu ônus argumentativo sob pena de nosso STF submeter “todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais”.²⁰⁴

Nessa medida é relevante a argumentação de Marinoni, Arenhart e Mitidiero para quem a própria existência da jurisdição depende de um discurso adequado e justificado, e assim:

A jurisdição diferencia-se da legislação não mais por ter que aplicar a norma por essa criada, mas por colaborar com a realização do direito mediante a *justificação* de suas *decisões interpretativas* diante de um determinado caso concreto. E essa *fundamentação* tem de apresentar *determinadas características* para ser considerada adequada no Estado Constitucional. Essa tem de ser *racional*, sob pena de não ser *intersubjetivamente controlável*, e tem de ser fruto do *contraditório*, sob pena de não ser *democraticamente aceitável*.²⁰⁵

Pode-se ainda argumentar que o momento adequado ao enfrentamento mais amplo dessas questões seria quando da análise definitiva de mérito, contudo, é evidente a existência de ato decisório ao se sustentar a incorporação do ECI ao ordenamento brasileiro atraindo como conseqüente lógico o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX CF/88).

²⁰⁴ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000. P. 182

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** volume 1 [livro eletrônico]. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017. 6mb. PDF. ISBN 978-85-203-7172-5.

Desta forma, o primeiro terreno que deveria ter sido enfrentado por nosso Tribunal maior é o eventual déficit de legitimidade em razão da divergência que recai quanto à sua própria natureza, conforme trabalhamos no capítulo II. Diferentemente da Colômbia, contundentes argumentos defendem a ausência de uma Corte Constitucional no Brasil pela vinculação do STF ao Poder Judiciário, e pela a existência de competências mistas e a previsão de juízes nomeados através do executivo e sem mandato temporário. Igualmente, é criticado o caráter individualizado das decisões dos ministros (teoria das onze ilhas) que acabaria por afastar-lhe o caráter de Corte.

Outro questionamento relevante é o fato de que o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), consoante estudamos no capítulo I, é uma evolução da ação de tutela, com influências do direito norte-americano, e possibilita o acesso direto, amplo (a todo cidadão) e simplificado à Corte Constitucional Colombiana, dispensando até mesmo o patrocínio de advogado. Um exemplo dessa perspectiva ocorre no bojo do próprio Processo T-153/98 no qual se declarou o ECI no sistema penitenciário Colombiano, quando a ação foi proposta pelo cidadão Manuel José Duque Arcila, naquele momento recluso na Prisão Nacional de Bellavista de Medellín.²⁰⁶

Em aspecto distinto se apresenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que é própria do controle concentrado de constitucionalidade, a qual a despeito do amplo alcance em termos de controle normativo possui pertinência subjetiva bastante restrita (apenas os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade), nos termos do art. 2º da lei 9.882/1999 que a regulamenta.

Sobre o instituto André Ramos Tavares conceitua:

A arguição é ação (podendo assumir a feição de incidente constitucional), de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo com eficácia final ampliada em relação aos tradicionais mecanismos de controle abstrato; tem como fundamento o descumprimento de preceito constitucional, considerado assim aquele preceito que consagre valores basilares para o Direito pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza

²⁰⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153/98**. Disponível em:< <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-153-98.htm>> Acesso em 27 nov 2019.

estatal, quando direta a modalidade (ou por atos normativos, quando se tratar de argüição na modalidade incidental) aplicando-se, por força de lei, o teste da subsidiariedade (sendo referencial válido, para o uso deste teste, haver no sistema judicial a possibilidade de sanar plenamente a lesão a preceito fundamental por outro mecanismo).²⁰⁷

Ainda, cabe frisar que a inicial redação legislativa sobre a ADPF ampliou a legitimidade ativa sua propositura autorizando a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público interpor a argüição. Contudo, a iniciativa prevista no art. 2º inciso II da lei 9.882/1999 foi historicamente frustrada por veto presidencial que teve por fundamento prevenir o congestionamento do STF que poderia ter comprometida sua atuação em face do aumento de processos.²⁰⁸

Logo, além da questionável apresentação do STF enquanto Corte Constitucional, temos também uma incorporação reducionista do ECI que tende a distorção do instituto na medida em que, não se reaviva em nenhum momento a possibilidade de ampliação do acesso ao Tribunal. Pelo contrário, restou intensamente frisada por parte dos ministros a inviabilidade da reclamação constitucional mesmo em caso de descumprimento da argüição. Raffaele de Giorgi e Diego Vasconcelos exemplificam um desses momentos nos seguintes termos:

Quando tratou, por exemplo, do pedido de determinação aos juízes para fundamentassem a não adoção de medidas alternativas à prisão provisória, responsável, desde a década de 1990, por 40% das prisões no Brasil, o argumento vencedor foi aquele de que isso já seria dever de todo juiz conforme a lei que regula o procedimento de prisões cautelares, mas era nítida a

²⁰⁷ TAVARES, André Ramos. **Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pp. 57-72.

²⁰⁸ Consignamos, em parte, as razões do veto: A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. [...]. **Veto Presidencial: Mensagem nº 1.807, de 3 de Dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm> Acesso em 29 jan 2020

preocupação em se evitar o aviamento de número excessivo de Reclamações Constitucionais por eventual descumprimento desse dever, caso se formulasse a decisão naqueles termos. Aliás, isso foi expressamente debatido e serviu como forte argumento para a negativa do pedido.²⁰⁹

Por conseguinte nosso Tribunal Máximo não se atentou para o fato de que no dizeres de Lima e Albuquerque “o ECI se afasta dos mecanismos jurídicos de declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade criados tradicionalmente”.²¹⁰ Assim sendo, temos, contraditoriamente, a incorporação parcial de um instituto estrangeiro, bem-vindo no aspecto que possibilita uma ampla abertura da jurisdição constitucional com a criação de poderes praticamente irrestritos ao STF e refutado na parte que amplia o acesso à Corte a todos cidadãos destinatários da Constituição, com destaque ainda para impossibilidade de acesso à corte no caso de seu descumprimento, num verdadeiro “ECI à brasileira”. Abordando especificamente o objeto do acesso jurisdicional Breno Magalhães afirma:

O acesso individual, rápido e fácil à Corte foi um dos requisitos criados pela Corte Colombiana para a criação do ECI, mas omitido pelo STF, que optou por uma tríade de requisitos para justificar a incidência deste. A ação de tutela colombiana pode ser manejada por qualquer pessoa, e violações sistemáticas de direitos fundamentais originadas de uma mesma situação fática acarretariam no abarrotamento da pauta da CCC, ensejando a necessidade de uma decisão única de efeitos gerais por parte dessa Corte.²¹¹

²⁰⁹ DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. **Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, Mar. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100480&lng=en&nrm=iso>. access on 08 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32819>.

²¹⁰ Lima, R., & Albuquerque, C. (2019). **O estado de coisas inconstitucionais: caminhos adotados pelo judiciário brasileiro**. Revista Direito Em Debate, 28(52), 236-250. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.236-250>

²¹¹ MAGALHAES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203&lng=en&nrm=iso>. access on 08 Feb. 2020. Epub July 15, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

Ainda nesse caminho de distinções, temos que a CCC expressamente reconheceu a excepcionalidade do ECI, o qual demandaria, frise-se, a inexistência de medidas legislativas e administrativas necessárias a evitar a vulneração dos direitos. Igualmente, a partir da *Sentencia T-025* (deslocamento forçado) possibilitou-se uma abertura do processo para a participação plural com decisões mais flexíveis (projeção dialógica) além do acompanhamento contínuo da corte sobre as medidas adotadas através dos autos de seguimento. Assim, para subsistir a subsidiariedade do ECI deveriam ser considerados expressa e absolutamente inaptos os diversos institutos jurídicos brasileiros destinados ao controle e efetividade das normas constitucionais e infra-constitucionais merecendo destaque a própria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental utilizada enquanto veículo para a tese do ECI.²¹²

Igualmente, conforme já destacamos no capítulo II a nova ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um amplo rol de direitos fundamentais correlatos ao fenômeno prisional. Em dezenas de incisos, mormente a partir do artigo 5º foram abordados diretamente temas relacionados aos limites do direito de punir do Estado, muitas vezes em detalhamento da própria execução penal.²¹³

Em acréscimo a legislação infraconstitucional sobre o tema também foi prodigiosa, destacando-se a Lei de Execução Penal (7.210/1984 - LEP) que trouxe dispositivos bastante avançados abarcando novos direitos para além dos já consagrados no denso texto constitucional. Igualmente, visando garantir a

²¹² Destacamos alguns de nosso variado rol de garantias fundamentais como o Direito de Petição, o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança Individual e Coletivo, o Mandado de Injunção além de outras ações vocacionadas ao controle de constitucionalidade, como a ADI por Omissão, dentre outros.

²¹³ Dentre esses direitos destacamos: a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante; o princípio da intranscendência da pena; o princípio da individualização da pena; a taxatividade das penas; a vedação a pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis, ressalvadas as disposições constitucionais; a individualização específica da execução da pena, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; o direito à integridade física e moral dos presos; o direito de amamentação dos filhos de mulheres presas; o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa; a presunção de não culpabilidade; a excepcionalidade da identificação criminal; a taxatividade das hipóteses de prisão em flagrante; o direito de informações sobre a prisão, identificação dos responsáveis e comunicação ao juiz; o direito ao silêncio, assistência familiar e de advogado, inclusive mediante assistência gratuita; o direito, em regra de liberdade provisória, ou relaxamento de prisão ilegal, e a duração razoável do processo.

efetividade de tais disposições o legislador manteve o tema dentro da atividade jurisdicional.

Portanto, nos parece temerária a afirmação de que inexistem no Brasil normas destinadas a defesa dos direitos correlatos a execução da pena. Pelo contrário, além de um amplo arcabouço normativo ainda foi consagrada a tutela direta do Poder Judiciário. O que de fato ocorre não é a inexistência normativa, mas antes, um vicioso ciclo de inefetividade, não se vislumbrando notoriamente a implementação dos mínimos direitos e garantias constitucionais no cotidiano prisional. Subsidiando nossa análise Tércio Sampaio proporciona o pensamento da efetividade sob a ótica pragmática, lecionando que:

Pragmaticamente, a efetividade é relação de adequação entre o relato e o cometimento de uma norma, num sentido in-clusivo, abarcando o nível sintático e semântico. Uma norma efetiva deve atender a condições que o seu próprio relato estabelece, ligando-as, também, ao relato de outras normas, mas tem de levar em conta a relação metacomplementar estabelecida, a qual pode ser afetada pelo fato da obediência ou desobediência.²¹⁴

No sistema penitenciário é evidente o despreendimento da norma em relação a suas próprias disposições,²¹⁵ e o descortinamento dessa discrepância nos direciona para a ideia de que “sob a ótica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social -, ocorre uma disfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei”.²¹⁶

Por fim, deve ser evidenciada a inexistência de paralelismo entre a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 e os postulados que fomentaram a construção e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana. Nesse país a CCC determinou

²¹⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático**. Disponível em: < <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>> Acesso em 10/02/2020.

²¹⁵ Tais desencontros são tão profundos ao ponto de o então Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo afirmar publicamente que ‘preferia morrer a ficar preso no Brasil’. REDAÇÃO REVISTA EXAME. (Brasil). Ministro da Justiça: “**Prefiro morrer a ficar preso no Brasil**”. Revista Exame, <https://exame.abril.com.br>, p. 1-1, 13 nov. 2012. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/ministro-da-justica-prefiro-morrer-a-ficar-presno-no-brasil/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.p. 31.

concomitantemente ao reconhecimento do ECI no sistema prisional, dentre outras medidas: 1. A Imposição de inúmeras determinações aos órgãos públicos com vistas à garantia dos direitos no cárcere; 2. A determinação de um plano de construção e renovação de presídios; 3; A determinação de investimento de verba pública no setor; 4. A determinação de individualização da pena com a separação de presos provisórios e condenados; 5. A determinação de melhora de recursos humanos no sistema penitenciário.

Portanto, é perceptível que o STF ao incorporar o ECI no Brasil se não o desnaturou cautelarmente o fez de modo tão acanhado ao ponto de manter um distanciamento abismal entre sua prática e as medidas adotadas pela Corte Constitucional Colombiana. Resta-nos então uma importante reflexão: temos a real necessidade de incorporar institutos exógenos ao já complexo sistema jurídico brasileiro, mormente quando esta introjeção se dá enviesada pela manutenção de uma jurisprudência defensiva e bastante refratária a abertura da corte aos seus intérpretes?²¹⁷

Uma crítica a tal assimilação é trazida por Breno Magalhães que afirma:

A incorporação jurisprudencial de teorias pouco desenvolvidas ou equivocadas (diálogos institucionais, capacidades institucionais, função pedagógica das Cortes, litígio de interesse público, etc.) demonstra uma preocupante confusão entre o papel da ciência do Direito e sua prática, especialmente quando o STF adota uma “teoria” criada para explicar uma realidade constitucional estrangeira para justificar decisões que parecem extrapolar suas competências constitucionais.²¹⁸

²¹⁷ Na valiosa lição de Häberle temos uma releitura da realidade constitucional com a indicação de que, não há um monopólio da interpretação constitucional em favor daqueles que atuam diretamente no espaço político e jurídico (sociedade fechada). Nesse sentido, para o autor: Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. HÄBERLE, PETER. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Direito Público, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

²¹⁸ MAGALHAES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos.** Rev. Direito GV, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Available from

No mesmo sentido são as ponderações de José Ribas Vieira e Rafael Bezerra:

Em que pese a ADPF nº 347/DF-MC indicar que finalmente a doutrina constitucional e a jurisprudência brasileiras começariam a ensaiar um olhar para o “Sul Global” e não apenas para o “Norte”, parece que ambas reproduziram a malfadada importação acrítica de teorias e institutos jurídicos, agora não mais oriundos da Europa ou EUA, mas sim de um país latino-americano. [...] A recepção do “Estado de Coisas Inconstitucional” pela doutrina e jurisprudência brasileiras sem considerar a premente necessidade de promover um profundo redesenho institucional, não apenas do processo decisório do STF, mas também de nossa política pública carcerária, a partir da criação de novos mecanismos de participação deliberativa, de monitoramento e controle social, acaba por esvaziá-lo. Para além disso não se deve perder de vista que, independentemente da origem, a incorporação de novas ideias e mecanismos jurídicos necessita de todo um suporte social e institucional preliminar para verem asseguradas a sua operabilidade e efetividade.²¹⁹

De outra via, na referida ADPF tampouco vislumbramos medidas próximas àquelas tomadas no seio do histórico surgimento dos litígios estruturais (EUA), que consoante destacamos no capítulo I, promoveu uma verdadeira política de intervenção do judiciário em todo o sistema prisional norte-americano.²²⁰ Até hoje nos Estados Unidos vislumbram-se ações que podem ser apontadas como reflexos de tais litígios estruturais, consoante destacado no item 29 da petição inicial da ADPF 347, quando se noticiou:

Em 2011, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brown v. Plata*, em que manteve decisão proferida por corte da Califórnia, que determinara a **soltura de 46 mil prisioneiros de**

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Nov. 2019. Epub July 15, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

²¹⁹ VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a sentença T-025 E A ADPF 347/DF-MC**. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional / José Ribas Vieira - Margarida Lacombe, Siddharta Legale (Coord.) – Belo Horizonte : Fórum, 2016

²²⁰ Sobre o tema, e cientes das ressalvas feitas no capítulo I na esteira do ensinamento de Gerald Rosenberg, nos direcionamos para o entendimento que o início de mudanças estruturais foram sim sintetizadas a partir da atuação originária da Suprema Corte. Nesse sentido, interessante síntese sobre essas ações são destacadas no parecer de mérito do Ministério Público Federal na ADPF 347, sob a lavra de Raquel Dodge, que sustenta: A ação dos juízes norte-americanos abrangeu ampla gama de atividades, tais como visitas constantes às prisões, negociações com os órgãos estatais responsáveis, estipulação de gastos, fixação de multas, recomendações de diferentes modalidades, entre elas, limitação do número de detentos, determinação de soltura de presos, reformas das celas, treinamento de agentes, demissão de funcionários violentos, fechamento de estabelecimentos e até construção de novas unidades penitenciárias.

menor periculosidade, em razão da crônica superlotação dos presídios daquele Estado. A partir de casos relativos ao acesso à saúde de presidiários e ao tratamento dado a detentos com deficiência física, a justiça californiana detectara o grave quadro de superlotação das prisões californianas – a Califórnia tinha cerca de 156.000 presos, com capacidade para apenas aproximadamente 80.000. **Os juízes californianos determinaram, com base nessa constatação, que as autoridades do Estado formulassem um plano para a redução da superlotação,** para no máximo 137,5% da capacidade das prisões do estado. Como os planos não foram suficientes, houve a determinação judicial de soltura de presos, com base na 8ª Emenda à Constituição norte-americana, que veda as penas “cruéis e não usuais” (cruel and unusual punishments). **Tal decisão foi mantida pela Suprema Corte,** que entendeu ter havido uma ponderação adequada entre os direitos dos presos e o interesse estatal na proteção da segurança pública.²²¹ (destaquei)

Em consequência, vislumbramos que o Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 ampliou discursivamente sua jurisdição. Igualmente, e de modo contrário ao preconizado pela teoria / técnica do Estado de Coisas Inconstitucional sonegou providências decorrentes de seu reconhecimento, e por fim esvaziou as questões jurídicas apresentadas corroborando o que podemos denominar de *blindspot* judicial, aproximando-se cada vez mais de uma judicialização simbólica, conforme passamos a discorrer.

3. Um estado de coisas entre o performativo infeliz e a judicialização simbólica

Podemos argumentar que na introdução do ECI no Brasil através da ADPF 347 o novo nasce velho²²² na medida em que as inúmeras questões

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acessado em 26/02/2020.

²²² Aqui nos valem da poesia musical da banda o Rappa que nos faz refletir, dentre as várias possibilidades, sobre ‘novas velhas formas’ que também ocorrem no direito, e assim: Se os velhos não podem criar suas rugas o novo já nasce velho. FALCÃO, Marcelo; LOBATO, Marcelo; YUKKA, Marcelo. **O Novo Já Nasce Velho**. O Rappa. Álbum: O silêncio que precede o esporro. Warner Music, 2003. 1 CD. Faixa 20.

jurídicas trazidas ao debate, como a superlotação carcerária, o excesso de prisões provisórias e a ausência de fundamentação das decisões judiciais restaram diluídas em temas generalizados sob outras titulações como sociológicas, históricas e principalmente políticas, as quais seriam a base da crise do sistema prisional.

Esses contextos foram utilizados a quase unanimidade dos ilustres ministros do STF e consoante os ensinamentos de Warat se situam no campo das 'falácias não formais', mais propriamente, num tipo de valorização genérica (conclusão inatingente). Nessa falácia não formal se emite um juízo de reprovação em relação a um fato / ação / relato genérico (no caso a falência do sistema prisional) buscando o orador obter atitude de aprovação da conclusão pretendida.²²³

Contudo, ainda que não detenha um papel exclusivo a questão jurídica é um dos elementos centrais da problemática, e o Poder Judiciário deve atentar-se para sua parcela de responsabilidade. Tal entendimento foi agraciado pelo então ministro Teori Zavascki que prudentemente reconheceu que, excetuando-se o descontingenciamento:

Todas as outras medidas cautelares pedidas e as que estão deferidas envolvem providências ao próprio Poder Judiciário. De modo que significa que, de alguma forma o Poder Judiciário também tem um campo de grande atuação, de contribuição para amenizar essa grave situação do sistema penitenciário brasileiro.²²⁴

Essa correlação também foi apontada por outros julgadores, dentre os quais destacamos o relator Marco Aurélio que afirmou ser responsabilidade do Judiciário a manutenção de 41% dos presos do sistema sob custódia provisória e também o ministro Gilmar Mendes que reconheceu não ser possível atribuir a culpa à Administração, porque o Judiciário é administrador do sistema. Mesmo diante dessas correlações, das 7 (sete) cautelares requeridas em face Poder

²²³ WARAT, Luis Alberto. **Técnicas Argumentativas na Prática Judicial**. In Revista Sequência (UFSC), v. 08, n. 09: Florianópolis, 1984.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 26 fev 2020.

Judiciário, contratadamente, apenas uma delas foi deferida, qual seja a determinação de realização das audiências de custódia.

Em interessante crítica Raffaele De Giorgi e Diego de Paiva Vasconcelos sustentam que a despeito de a política ser indicada como epicentro da problemática, contudo, “nas soluções encontradas na decisão para dirimir o “litígio estrutural”, a única medida dirigida ao sistema Político (política/administração) é o descontingenciamento orçamentário”.²²⁵

Nessa levada visualizamos um trilhar insincero por parte do STF que apesar de argumentativamente reconhecer a responsabilidade do Poder Judiciário não lhe impõe obrigações capazes de contornar o constante estado de anomia das normas relativas ao cárcere. Pelo contrário, buscou-se através do discurso mitigar sua responsabilidade direcionando o problema jurídico para campos externos à sua atuação. Nesse sentido, “desloca-o, argumentativamente para o campo da política e se representa como intervenção do direito na política para, na verdade, promover a auto-isenção do direito em relação ao conflito que é produzido em suas próprias operações”²²⁶. E nesse aspecto conclui a doutrina:

A superpopulação, a tortura e a violência (no interior do cárcere) não são produtos históricos de uma profunda crise, mas são produzidos no interior de relações jurídicas concretas e observáveis. Toda inspeção judicial que não aconteceu ou que não foi capaz de detectá-los, na verdade, os (re)produziu. Todo decreto de prisão que não se atentou às possibilidades alternativas (re)produziu o encarceramento sem sentença definitiva. Toda decisão que negou a liberdade diante das conhecidas e notórias violações a direitos no interior do cárcere reproduziu a violência no interior do cárcere. São dados que podem ser historicamente (re)construídos e representados, mas imputar à política ou mesmo à história a produção dessas mazelas é mera estratégia argumentativa.²²⁷

Portanto, é possível inferir que ocorre também no Poder Judiciário o denominado ‘ponto cego’ (*blindspot*), apontado pelo ilustre ministro Marco Aurélio

²²⁵ DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. **Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de ilegalidade Difusa**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, Mar. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100480&lng=en&nrm=iso>. access

on 06 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32819>. p. 487

²²⁶ Ibid., p. 490

²²⁷ Ibid., p. 490

na ADPF 347 enquanto uma peculiaridade do legislativo e do executivo. Nas palavras do eminente julgador:

Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais.²²⁸

A projeção do discurso do eminente ministro a uma análise pragmática da linguagem nos demonstra a ocorrência de uma falácia não formal de generalização apressada, mediante a qual se objetiva estabelecer precipitadamente uma regra geral a partir de indícios prévios. Nas palavras de Warat:

Trata-se, pois, de uma falácia em que o processo de convencimento é baseado em conclusões obtidas a partir de uns poucos dados, sem que se leve em conta as variedades, provavelmente relevantes, que podem afetar os casos assim apressadamente incluídos na regra geral.²²⁹

Nesse sentido, certamente existem falhas do legislador, contudo, em sua argumentação o ilustre relator da ADPF 347 além de não demonstrá-las é fortemente contrariado pela inegável produção legislativa sobre o tema. Apenas nos últimos 10 (dez) anos a principal legislação sobre o tema 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP) foi modificada 6 (seis) vezes pelo parlamento, e muitas dessas mudanças visaram melhorar o sistema penitenciário ou ampliaram direitos dos reclusos. Por exemplo, no ano de 2010 a LEP foi alterada pela lei 12.313 para se garantir legalmente a Defensoria Pública dentro e fora dos estabelecimentos penais enquanto mecanismo oficial de assistência jurídica, e também no mesmo ano através da lei 12.258 houve a elogiosa previsão e regulamentação da monitoração eletrônica.

Em relação ao aspecto fiscalizador é possível afirmar também que o Poder Legislativo, mesmo que timidamente, vem exercendo seu papel. Nesse

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 26 fev 2020.

²²⁹ WARAT, Luis Alberto. **Técnicas Argumentativas na Prática Judicial**. In Revista Sequência (UFSC), v. 08, n. 09: Florianópolis, 1984.

sentido, desde a Constituinte de 1988 foram realizadas 3 (três) Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) sobre o sistema carcerário, quais sejam as de 1993, 2008 e 2015, e expedidos inúmeras indicações e requerimentos a diversas autoridades. Ademais, atualmente há certo direcionamento do Parlamento para realização de uma nova Comissão²³⁰. Portanto, é genérica e inconclusiva a assertiva de existir um ‘ponto cego legislativo’ sob o fundamento que o debate parlamentar não o alcançaria o sistema penitenciário.

De outro lado, não seria possível fazermos essa projeção para falarmos num ‘ponto cego judicial’ na medida em que é contínuo o encarceramento em massa mesmo diante do caótico quadro de superlotação? Nesse caminho, haveria atualmente norma jurídica mais invisível (ponto cego) ao Poder Judiciário que o direito do condenado de ser alojado em cela individual, que deve conter dormitório, sanitário, lavatório e área mínima de 6,00m² (art. 88 da LEP)?

E aqui ser quer é possível falar-se em qualquer ineditismo, pois, mesmo antes do crescente quadro de judicialização demonstrado no capítulo I, é certo que na esteira de acertada doutrina: ‘a situação de violação de direitos de presos e superencarceramento no Brasil era um fato notório pelo menos desde o fim da década de 1980’.²³¹ Ademais, pedidos de intervenção federal²³² além de

²³⁰ Sobre o tema conferir as notícias das Casas do Congresso Nacional: <<https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cpis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>> e também:<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/13/especialistas-defendem-cpi-para-investigar-sistema-penitenciario>>

²³¹ DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. **Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, Mar. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100480&lng=en&nrm=iso>. access on 18 Feb. 2020. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32819>.

²³² No ponto destacamos as relevantes ponderações de Breno Baía: As Intervenções Federais (IF) 5.129 e 4.822, por exemplo, repetem exatamente os problemas apontados na inicial da ADPF 347, mas o STF preferiu manter-se silente, o que não ocorreu nos casos de precatórios cobrados pelos credores dos estados, os quais obtiveram decisões rápidas da Corte, ainda que no sentido do indeferimento da intervenção federal. Portanto, no caso dos precatórios, muito embora rejeitadas as IF, o STF se articulou para dar uma resposta ao problema. MAGALHAES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Nov. 2019. Epub July 15, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

recomendações ao Brasil por Órgãos Internacionais deixam bastante evidente a notória ciência das autoridades judiciais acerca da problemática.

E é inconsteste o fato de a legislação brasileira ter designado o Poder Judiciário como órgão convergente da execução penal²³³ tendo o poder-dever de não apenas de inspecionar os estabelecimentos penais, mas destaque-se, de interdita-los, no todo ou em parte, quando esses não atenderem as disposições constitucionais ou legais.²³⁴ Aliás, tal entendimento restou recentemente sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso ordinário em mandado de segurança 62328 oriundo de Minas Gerais.²³⁵

Assim, para cada prisão dentro do sistema penitenciário (ressalvados os casos prisão manifestamente ilegal e de abuso de autoridade) há um mandado judicial que a lastreia. Podemos afirmar assim que não há sequer superlotação carcerária sem ciência e mesmo anuência da autoridade judiciária competente.

Dissertando especificamente sobre a natureza da execução penal Renato Marcão afirma:

²³³ Essa inferência pode ser feita a partir dos artigos 1º, 2º e 61, inc. II da Lei de Execuções penais, in verbis: Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Art. 2º A jurisdição penal dos Juizes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária. - Art. 61. São órgãos da execução penal: [...] II - o Juízo da Execução.

²³⁴ Nesse sentido destaca-se a lei de Execução Penal, principalmente: Art. 66. Compete ao Juiz da execução: VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei.

²³⁵ **RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERDIÇÃO PRISIONAL. COMPETÊNCIA LEGAL DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ART. 66, VIII, DA LEP. CASO CONCRETO. SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES ESTRUTURAIS PRECÁRIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NÃO CONSTATADA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - A possibilidade de interdição de estabelecimento prisional pelo Juízo da Execução é tema expressamente previsto na Lei de Execução Penal: "Art. 66. Compete ao Juiz da execução: [...] VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei." II - Não obstante, em recente julgado sobre a interdição pelo Juízo da Execução, no próprio Estado de Minas Gerais, a Segunda Turma deste eg. Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou: "O Superior Tribunal de Justiça possui orientação jurisprudencial no sentido de que é possível ao Juízo das Execuções Penais decretar a interdição de estabelecimento prisional, sem que haja invasão às competências administrativas do Poder Executivo" [...] (RMS 62.328/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019) (destaquei)**

Temos que a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve. **O título em que se funda a execução decorre da atividade jurisdicional no processo de conhecimento, e, como qualquer outra execução forçada, a decorrente de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria só poderá ser feita pelo Poder Judiciário**, o mesmo se verificando em relação a execução de decisão homologatória de transação penal. De tal conclusão segue que, também na execução penal, devem ser observados, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, da imparcialidade do juiz, da proporcionalidade, da razoabilidade e do *due process of Law*.²³⁶(destaquei)

Portanto, se apresenta inquestionável a co-responsabilidade do Poder Judiciário para com a crise no sistema penitenciário. Nessa via o ‘ponto cego judicial’ se consubstanciaria nessa vã tentativa de afastar sua própria responsabilidade, pretendendo-se distanciar igualmente a questão do *locus* jurídico e anuindo dissimuladamente com o exercício arbitrário do poder estatal e a violação de direitos fundamentais.²³⁷

Em posicionamento acertado sobre a questão Raffaele de Giorgi e Diego de Paiva Vasconcelos defendem:

De início se pode dizer que a estratégia utilizada na argumentação foi localizar o problema carcerário no interior da política para tratá-lo no direito consiste num deslocamento do problema em relação ao exterior do sistema jurídico. O problema não seria em si, contudo, apenas o deslocamento, mas o fato que se tratam de nítidas violações do direito. Aquilo de que falamos nos parágrafos anteriores sobre as condições do encarceramento no Brasil são claras violações de direito e nada mais.²³⁸

²³⁶ MARCÃO, Renato **Curso de execução penal**. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - Sao Paulo : Saraiva, 2015.

²³⁷ A partir do trabalho de Michel Foucault projetamos outros cenários sobre esse ponto cego, cuja gênese se encontraria sob a ótica Foucaultiana na transição dos suplícios para o procedimento judicial de punição. Nesse caminho o referido autor sustenta que a partir desse momento histórico passa a existir uma certa vergonha na punição de modo que essa ‘vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal’ e assim ‘a justiça não mais assume publicamente a parte da violência que está ligada a seu exercício’. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

²³⁸ DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. **Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, Mar. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100480&lng=en&nrm=iso>. access on 13 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32819>.

As manifestações de um ‘ponto cego’ judicial também podem ser inferidas a partir do limitado alcance da ADPF 347 em face do Poder Judiciário, das inúmeras prisões mantidas em estabelecimentos que não atende aos parâmetros mínimos de ocupação, da morosidade processual²³⁹, e ainda de posicionamentos evasivos de representantes da magistratura, como nas declarações do ilustre Corregedor-Geral de Justiça, João Otávio Noronha que em entrevista ao portal eletrônico Jota sustentou que: *‘A situação da crise carcerária não envolve juízes e sim gestão dos presídios, que é um problema do Executivo e não do Judiciário’*.²⁴⁰

Contraopondo acirradamente as declarações do ilustre Corregedor trazemos o posicionamento do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais):

Causa espécie que os magistrados se olvidem, ou finjam olvidar-se, que a LEP, em seu art. 66, atribui ao Judiciário a função de zelar pelo correto cumprimento da pena, inspecionar as prisões, promover a regularização destas e, inclusive, interditar unidades. Esquecem-se, ainda, que a marca de cerca de 40% de presos provisórios advém da ineficiência do Poder Judiciário em cumprir

²³⁹ Salientamos que a morosidade judicial associada a prisão preventiva vem provocando a ocorrência de um fenômeno em nosso processo penal e execução penal semelhante ao que ficou conhecido como o “paradoxo de Auschwitz”. Nesse sentido, nos campos de concentração da Alemanha nazista, contraditoriamente, judeus que tinham cometido crimes de maior gravidade tinha penalidades menores que aqueles que não tinham praticado nenhum delito. Guardando a proporção das comparações nosso sistema judicial tem reproduzido essa incoerência, e nessa análise sequer é necessário adentrarmos a acertada diferenciação de Barroso, no sentido de que: “Temos uma justiça tipicamente de classe: mansa com os ricos e dura com os pobres. Leniente com o colarinho branco e severa com os crimes de bagatela”. Assim, mesmo nos limitando a crimes contra o patrimônio há uma incoerência na punição que persiste a superveniência da lei 13.964/2019 (‘pacote anticrime’). Nesse sentido, mantida a prisão preventiva em casos de furto e roubo até a prolação da sentença, os presos ficarão segregados de fato, pelas mesmas condições circunstanciais e temporais de punição, pois, o tempo médio para julgamento dos processos segundo relatório do CNJ é de quase dois anos. Também, a progressão de regime nesses delitos nessas condições se dará, mediante execução provisória, em datas aproximadas, em evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade. Cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.; Cf. BARROSO, Luis Roberto. **A constitucionalização tardia do direito penal brasileiro**. Prefácio. In: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 538p. ISBN 978-85-450-0679-4.; Cf. BRASIL. CNJ. **Justiça em Números 2019**/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf > Acesso em 13 jan 2020

²⁴⁰ Cf. SCOCUGLIA, Livia. **Crise carcerária não é questão do Judiciário, diz Noronha**. JOTA, São Paulo. 16 jan 2017. Disponível em: < <http://jota.info/justica/crise-carceraria-naoquestao-judiciario-diz-noronha-16012017> > Acesso em 13 jan 2020

os prazos processuais e da violação da Constituição levada a cabo pelo abuso da prisão cautelar.²⁴¹

Em posição semelhante ao IBCCRIM João Paulo Orsini Martinelli sustenta:

Com todo respeito ao ministro do STJ, sua opinião é falaciosa. Em pelo menos três aspectos podemos apontar a parcela de responsabilidade do Poder Judiciário, e também do Ministério Público: **(a) a demora no julgamento; (b) o excesso de aprisionamento; (c) ausência de fiscalização dos estabelecimentos prisionais.** É latente que há omissão e displicência de todos os envolvidos e a pior e mais repugnante estratégia é tirar o corpo fora em vez de fazer uma autoavaliação e corrigir os próprios erros.²⁴² (destaquei)

Obviamente não se esta a defender aqui a insensata postura de eleger um exclusivo fomentador de todas as vicissitudes do complexo sistema penitenciário. Pelo contrário, merece reconhecimento as atuações pro-ativas do Poder Judiciário no setor, seja na seara administrativa ou judicial. Administrativamente através do Conselho Nacional de Justiça, vem-se promovendo elogiosos projetos como ‘Programa Justiça Presente’, ‘Começar de Novo’, ‘Mutirão Carcerário’, além da criação de Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário no âmbito dos Tribunais de Justiça. No âmbito judicial consoante apresentamos no capítulo II o STF recorrentemente vem sendo demandado a se pronunciar sobre problemáticas do setor, e vem se pronunciando no sentido da obrigação de construção de novos estabelecimentos penais, e da responsabilização em caso de morte de detento, dentre outros.

²⁴¹ IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 291. Editorial. **Os protagonistas da barbárie.** Coordenador Chefe: Fernando Gardinali Caetano Dias. Fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/333-291-Fevereiro2017> Acesso em 13 jan 2020

²⁴² E prossegue o autor em ferrenha crítica: Viver num mundo corporativista, sem enxergar os próprios defeitos, não resolve o estado caótico dos cárceres. Se cada instituição jogar a culpa nas costas de outra, a situação somente se agravará e a população, como um todo, sairá perdedora. Corporativismo tem limites e os agentes públicos não podem se esquecer de que devem prestar contas com quem banca seus salários – a sociedade. O Brasil possui excelentes leis e basta que estas sejam cumpridas para termos um sistema de justiça penal eficiente. Só haverá expectativa de melhorias para a população carcerária quando todos os envolvidos assumirem seu papel e cumprirem suas obrigações. Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **O caos do sistema carcerário é também responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público.** Portal Jusbrasil. Disponível em: <<https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/423635828/o-caos-do-sistema-carcerario-e-tambem-responsabilidade-do-poder-judiciario-e-do-ministerio-publico>> Acesso em 26/12/2019

De qualquer modo, persiste o inconstitucional e ilegal encarceramento em massa com beneplácito da justiça e sob argumentos como a ordem pública e a paz social possibilitando que questões jurídicas migrem para o campo político. Essa mutação é acertadamente questionada por Maus que salutarmente assevera que:

A transformação da Constituição em uma "ordem de valores" confere às determinações constitucionais individuais (por meio da "abertura" de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados.²⁴³

Dessarte, ao anuir com a superlotação cada nobre julgador, em decadente imparcialidade passa a ser um aliado no combate ao crime, um co-responsável pela segurança pública. E nesse caminho se proporciona ao Poder Executivo uma inércia duplicada, visto que esse não sofre nem as conseqüências jurídicas nem políticas de sua inércia na adoção de medidas para a melhora do setor.

Assim, o reconhecimento e elogio das boas iniciativas não são barreiras que impedem de perceber que grande parte da violência ocorrida no cárcere decorre do grande hiato existente entre as avançadas normas de referência e a realidade prisional, e sendo assim, é inquestionável que o Poder Judiciário é também responsável por essa discrepância, mormente quando se subtrai de seu papel primordial de última barreira dos cidadãos frente ao arbítrio estatal, seja quem for o sujeito passivo dessa violência. Consoante bem destacado por Hélio Bicudo: "O Poder Judiciário deve estar, sobretudo, voltado ao serviço da população. Somente dessa maneira poderá se constituir em fator de repressão à violência".²⁴⁴

Para tanto deve ser afastada a subserviência da justiça ao setor político, sob pena de ser esvaziada sua missão precípua de assegurar as garantias fundamentais conquistadas ao longo do penoso processo civilizatório.

²⁴³ . MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

²⁴⁴ BICUDO, Hélio. **A violência e a estrutura judiciária brasileira**. Estud. av., São Paulo, v. 11, n. 30, p. 67-78, Aug. 1997. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200006&lng=en&nrm=iso>. access on 13 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141997000200006>.

Consoante corajosamente ressaltou Guilherme de Souza Nucci é função do Judiciário “o papel de fiscal do estrito respeito aos direitos humanos e, se essa observância levar à inviabilidade da segurança pública, deve-se apontar os equívocos à classe política para que os corrijam”.²⁴⁵ Assim a realização dos direitos deve estar acima das conveniências que muitas vezes a seara política impõe.

3.1. A ADPF 347 como espécie de performativo infeliz

Nesse momento rememoramos a importância da análise da linguagem ao campo do direito, e nessa perspectiva cotejamos a decisão cautelar na ADPF 347 aos pressupostos apresentados por John Austin, mormente os ‘proferimentos performativos’ e sua conseqüente teoria dos atos de fala. Consoante apreciamos anteriormente sua teoria traduz a ideia de que a linguagem é uma construção da própria realidade, uma forma de ação baseada em convenções e compromissos e não uma mera representação ideal do existente. Para tanto os sujeitos se valem de atos de fala, que podem ser locucionários, ilocucionários e perlocucionários.

Particularmente, em relação às decisões judiciais Austin apresenta uma categoria própria denominada de performativos veriditivos, os quais “consistem em emitir um juízo, oficial ou extra-oficial, sobre evidências ou razões quanto ao valor ou ao fato, na medida em que estes são passíveis de distinção”.²⁴⁶ E, mesmo nesses performativos veriditivos a linguagem se revestirá de uma zona de incerteza a ser preenchida pelo contexto que é proferida. Igualmente, o filósofo destaca que uma característica fundamental do veriditivo é o conseqüente compromisso que ele gera em relação a condutas futuras. Como exemplos clássicos de veriditivos apontam-se a utilização de algumas expressões, como por exemplo: considero, classifico, caracterizo, qualifico, graduo, constato, interpreto.

²⁴⁵ NUCCI, Guilherme. **Antagonismo entre Direitos humanos e segurança pública é falso.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-set-01/nucciantagonismo-entre-direitos-humanos-seguranca-publica-falso> > Acesso em: 30/01/2020.

²⁴⁶ AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer.**/ John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990. Pg. 81

Assim, colacionando excertos dos votos dos eminentes Ministros na ADPF 347 depreende-se que:

- [...] o sistema carcerário brasileiro **enquadra-se** na denominação de “estado de coisas inconstitucional”. **Ministro Marco Aurélio.**
- **E a mim parece** que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro revela a presença desse requisito. **Ministro Teori Zavascki**
- **Eu subscrevo**, na íntegra, os fundamentos de Sua Excelência com relação às premissas ensejadoras do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. **Ministra Rosa Weber**
- Então, o fato de haver uma lei que obriga o juiz a motivar, que o obriga a proceder dessa maneira, não esvazia a ação de descumprimento de preceito fundamental; pelo contrário, **nós estamos reconhecendo** esse “estado de coisas inconstitucional”, exatamente porque os juízes não motivam, eles não fundamentam as suas prisões. **Ministro Luiz Fux**
- **Há**, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante – tal como denunciado pelo PSOL – da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República. **Ministro Celso de Mello**
- Então, eu queria justamente sublinhar esse fato, e **o reconhecimento** do estado de coisas inconstitucional, que já vinha de certa maneira sendo embrionariamente cogitado pela Suprema Corte Brasileira, segundo nos demonstrou o Ministro Gilmar Mendes, agora encontra, a meu ver, um acolhimento total [...] Ministro **Ricardo Lewandowski.**²⁴⁷ (destaquei)

Destarte, são expressamente utilizados os performativos veriditivos ilustrados por Austin na incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional ao Brasil, sejam explícitos ou implícitos.²⁴⁸ Desse modo, essa ação não estaria sujeita a condições de verdade e falsidade, mas antes a condições de felicidade e

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acessado em 26/02/2020.

²⁴⁸ O vereditivo pode ser compreendido como um performativo por excelência, na medida em que Segundo Austin: Assim, o que nos sentiríamos inclinados a dizer é que todo proferimento que seja de fato um performativo deveria ser capaz de ser reduzido, expandido ou analisado de modo tal que se obtivesse uma forma na primeira pessoa do singular do presente do indicativo da voz ativa (gramatical). Cf.: AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer.**/ John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990. p. 62.

infelicidade, e consoante Austin, as condições para um performativo ser feliz são as seguintes:

(A.1) Deve existir um procedimento convencionalmente aceito, que apresente um determinado efeito convencional e que inclua o proferimento de certas palavras, por certas pessoas, e em certas circunstâncias; e, além disso; que

(A.2) as pessoas e circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado.

(B.1) O procedimento tem de ser executado, por todos os participantes, de modo correto; e

(B.2) completo.

(Γ.1) Nos casos em que, como ocorre com frequência, o procedimento visa às pessoas com seus pensamentos e sentimentos, ou visa à instauração de uma conduta correspondente por parte de alguns dos participantes, então aquele que participa do procedimento, e o invoca deve de fato ter tais pensamentos ou sentimentos, e os participantes devem ter a intenção de se conduzirem de maneira adequada, e, além disso,

(Γ.2) **devem realmente conduzir-se dessa maneira subsequentemente.** (destaquei)²⁴⁹

Nesse sentido, acreditamos que o proferimento performativo de declarar o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no Brasil foi malogrado, sendo um performativo infeliz, pois, houve inobservância dos requisitos propostos pelo filósofo. Segundo Austin, a despeito de inexistir uma rígida diferença entre os tipos de malogro via de regra, a inobservância dos requisitos A, A.1, B, B.1 não tornam possível a concretização do ato, sendo o caso de nulidade ou ausência de efeitos. De outra via, os malogros do tipo Γ.1 e Γ.2 se situariam na esfera do abuso, seriam um ato vazio.²⁵⁰

No caso da ADPF 347 se por um lado é inconteste competência do STF para análise do controle concentrado de constitucionalidade via ADPF, de outra via são robustos os questionamentos sobre a natureza jurídica enquanto Corte Constitucional, o que pode ser um fator limitante de sua atuação no reconhecimento do ECI. Consequentemente é possível sustentar uma relativização quanto ao preenchimento dos requisitos A.1 e A.2.

Não obstante, nosso tribunal maior expandiu sua jurisdição constitucional a partir de instituto sem previsão legal, dissimulou as questões

²⁴⁹ AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer.** / John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990. p.31

²⁵⁰ Ibid., p. 32

jurídicas presentes na ação e, não observou paralelismo em relação às decisões da CCC ou ainda com as posições decorrentes litígios estruturais norte-americanos. Desta feita, apresentam-se inadequadas as circunstâncias de concepção do julgado, e assim, o procedimento de incorporação do ECI no Brasil não se realizou de modo correto e completo, maculando-se também o preenchimento dos requisitos B.1 e B.2.

De outro lado, acreditamos estar preenchidos os requisitos Γ.1, pois, é evidenciado em todas as manifestações dos ilustres ministros pensamentos, sentimentos e intenções que pretendem uma condução adequada do julgamento para solução da crise do sistema penal.

Desta forma, temos uma patente limitação do alcance da ADPF 347 que aliada a continua e injusta morosidade na apreciação do mérito da questão torna evidente o não preenchimento do requisito Γ.2. Portanto, o tribunal após a decisão não se conduziu de modo sincero, e assim rompeu uma das características fundamentais do performativo veriditivo que é o compromisso gerado em relação as suas futuras ações. Assim, segundo Austin estaríamos diante de um abuso, o que não torna o ato nulo (por superação aos requisitos A.1 e A.2, B.1 e B.2), mas sujeito a uma infelicidade, pois houve transgressão de uma dessas regras.²⁵¹ E ambientado nessa doutrina das infelicidades o STF conduz a ADPF 347 rumo à uma judicialização simbólica, consoante passamos a discorrer.

3.2. O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e a judicialização simbólica

Após análise da ADPF 347 e seu alcance acreditamos ser possível desenvolver um pensamento analógico a teoria desenvolvida pelo doutrinador Marcelo Neves acerca da Constituição Simbólica.²⁵² Nesse sentido podemos inferir que também as decisões judiciais a semelhança das leis e da constituição

²⁵¹ AUSTIN, Jonh Langshaw. **Quando dizer é fazer.**/ John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990. p. 31.

²⁵² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

podem sob a 'máscara' da linguagem e da retórica²⁵³, adiar indefinidamente a solução de problemas jurídicos ainda que de substrato constitucional. Desse modo, para nós resta configurada nesses casos uma judicialização simbólica ocorre quando, a semelhança da constitucionalização simbólica. Sobre a referida teoria argumenta o ilustre professor:

O constitucionalismo aparente implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao problemado Estado Constitucional.²⁵⁴

Essa judicialização simbólica pode ocorrer em diferentes níveis semelhantemente a legislação simbólica, quais sejam: 1. Confirmação de valores sociais; 2. Judicialização-álibi; 3. Judicialização como fórmula de compromisso dilatório. Em elogiável estudo sobre o tema Thiago Soares e Álisson Melo explicam que:

Das características dessa modalidade de decisão, destacam-se as seguintes: proferida pelos tribunais de superposição, em especial, pelo STF; fruto ou de uma atuação estratégica do tribunal, ou de uma atuação inconscientemente influenciada por simbolismo; função de apaziguamento social diante de uma situação de crise motivada por um desacordo moral razoável; predominância da função político-ideológica sobre a função jurídonormativa, sem que as circunstâncias fáticas geradoras da crise sejam atacadas; efeitos ultra partes²⁵⁵.

²⁵³ Em interessante artigo sobre o tema Weyrauch (1978) equipara o direito a uma máscara que ofusca as verdadeiras relações por detrás das normas. Nesse sentido, afirma: Members of this society may even feel an instinct not to inquire behind the mask of the law. Legal masks, like physical masks in ancient societies, satisfy the quasi-religious faith of people in the righteousness and neutrality of adjudication. As a result, the masks of objectivity, neutrality, and fairness give the legal process an independent power so that it is not merely the tool of dominant social forces. WEYRAUCH, Walter Otto. **Law as Mask--Legal Ritual and Relevance**, 66 Cal. L. Rev. 699 (1978). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol66/iss4/2>

²⁵⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 98

²⁵⁵ PINHEIRO, Thiago Soares; MELO, Álisson José Maia. **Decisão-álibi: proposta teórica de configuração do provimento jurisdicional como meio simbólico de demonstração da capacidade de ação do Estado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.37, n.1, jan./jun. 2016, p. 129-156.

Desta forma, sob nossa ótica a ADPF 347 situa-se entre a judicialização-álibi e a fórmula de compromisso dilatatório, pois, nosso tribunal maior manifestou-se expressamente sobre a crise penitenciária incorporando o ECI ao Brasil enquanto medida apta a promover uma mudança estrutural no sistema. No ponto temos a judicialização-álibi, pois, é uma evidente “tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador”²⁵⁶, ou do julgador como no caso, restando relegada ao segundo plano “a capacidade do comando decisório efetivamente contribuir para a resolução da situação controvertida”.²⁵⁷

De qualquer modo a judicialização simbólica não seria uma relação neutra, pois há sim, ainda que aparentemente uma manifestação pró-ativa do judiciário, de caráter político-ideológico, no sentido assegurar os direitos fundamentais. Contudo, nos consectários do decidido na ADPF 347 “não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional”.²⁵⁸

Paralelamente, nosso tribunal máximo refutou medidas ensejadoras de reais mudanças no *status quo* incidente sobre o sistema poupando-se, de eventual desgaste político, e delegando a um futuro indefinido a análise do mérito. Aqui temos um aspecto da judicialização simbólica de compromisso dilatatório, pela qual o Tribunal afirma abrandar um conflito interno através de decisão judicial inovadora (incorporação do ECI), quando na verdade se adia a solução do conflito para um futuro indeterminado²⁵⁹.

Analisando o referido julgado Lima e Pflug acertadamente concluem:

Por fim, foi possível depreender, que o instrumento jurídico criado ‘estado de coisas inconstitucionais’ foi usado no caso em tela como desvio argumentativo, uma vez que, as organizações do Direito são as primeiras a produzir o estado de

²⁵⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. Const. Simb. P. 39.

²⁵⁷ PINHEIRO, Thiago Soares; MELO, Álisson José Maia. **Decisão-álibi: proposta teórica de configuração do provimento jurisdicional como meio simbólico de demonstração da capacidade de ação do Estado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.37, n.1, jan./jun. 2016, p.152

²⁵⁸ NEVES, op. cit., p. 96.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 41

inconstitucionalidade e apesar do exposto, poucas ações foram dirigidas à atender essa questão, que inclusive não exigiria qualquer atividade ativista, pois apenas demandaria ações voltas a sua própria estrutura. Com fundamento no exposto, a decisão do STF demonstra que em tempos de neoconstitucionalismo os desvios argumentativos encontram subterfúgio que são capazes de esconder a real raiz do problema por meio do emprego de armadilhas argumentativas, o que se percebe no caso em estudo²⁶⁰.

Por fim, o STF superestimou o aspecto simbólico de sua decisão, dando azo à doutrina de Gerald N. Rosenberg, para quem dentre os muitos riscos de se considerar em relação ao aspecto simbólico das decisões judiciais está o fato de que esse pensamento pode afastar soluções substanciais para enfrentamento dos problemas.²⁶¹ Assim, apesar de não promover mudanças o STF as desejou e nessa contraditória omissão decisória incorreu em alguns equívocos, bem destacados por Breno Baía:

Dito em outras palavras, o STF decreta uma medida cautelar de cunho pedagógico, para que não tenha de manifestar-se no mérito, na esperança de que os poderes políticos se mobilizem para solucionar o problema. A preocupação apenas com a força simbólica de sua decisão explicaria a gravidade da declaração de falência política do país e a contínua violação de direitos, porém acompanhada de medidas cautelares sem efeitos práticos e demora na imposição das medidas flexíveis, supostamente, capazes de sanar o problema em definitivo.²⁶²

Destarte, o posicionamento em sede cautelar do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 vai de encontro ao ideal preconizado pela juíza da CCC Clara Hernández que defende a necessidade da corte se afastar de uma espécie de ‘torre de marfim’ na qual complexas realidades sociais são tornadas

²⁶⁰ Lima, Renata, & Samantha Ribeiro Meyer Pflug. "o estado de coisas inconstitucionais e a superlotação do sistema carcerário brasileiro." INTER: REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ [Online], 2.1 (2019): Disponível em:< <https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/25819/18121>>. 24 Feb. 2020

²⁶¹ Nas palavras do autor: 'A further danger of litigation as a strategy for significant social reform is that symbolic victories may be mistaken for substantive ones, covering a reality that is distasteful'. In: Rosenberg, Gerald N. 1991. **The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?** Chicago: University of Chicago Press. Rosenberg, Gerald N. 1996.

²⁶² MAGALHAES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203&lng=en&nrm=iso>. access on 08 Feb. 2020. Epub July 15, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

abstratas.²⁶³ Igualmente, os abusos da linguagem (nos dizeres de Austin)²⁶⁴ e os subterfúgios utilizados para esvaziar as questões jurídicas justificam o frágil experimento de supervalorizar o poder simbólico da decisão judicial (judicialização simbólica). Por conseguinte, mantêm-se inalterado o estado das coisas, pois consoante brilhante conclusão de Raffaele de Giorgi e Diego Vasconcelos “até quando as organizações do direito operam na violação do direito, a declaração do estado de coisas inconstitucional não poderá ter nunca qualquer eficácia”.²⁶⁵

²⁶³ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

²⁶⁴ AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. / John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

²⁶⁵ DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. **Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, Mar. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100480&lng=en&nrm=iso>. access on 08 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32819>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho buscamos refletir sobre a ADPF 347 que declarou o ECI no Brasil. Para um aprofundamento do tema inicialmente investigamos as origens históricas da teoria e elucidamos que suas características principais surgem a partir da evolução da ação de tutela do direito constitucional Colombiano, que passou a alcançar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Demonstramos também a grande influência de alguns precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos na concepção da teoria, destacando-se o paradigmático *Brown v. Board of Education of Tokepa* (1954) quando se iniciou uma modalidade de ativismo judicial direcionada aos litígios estruturais. De todo modo, sinalizamos o ineditismo da teoria do ECI na Colômbia, mormente pelo seu alcance aos denominados direitos sociais, enquanto que nos EUA o grande direcionamento das ações estruturais seria para direitos civis e políticos.

Posteriormente demonstramos ser teoricamente incorporável a teoria do ECI no Brasil pelos influxos do movimento neoconstitucionalista e também pela natureza valorativamente aberto do texto magno de 1988. Não foram omitidas as críticas a esse pensamento, que, segundo abalizada doutrina traria em seu bojo um exacerbado ativismo judicial. Também destacamos correntes doutrinárias que diferenciam os conceitos de ativismo judicial e judicialização, e ainda aquelas que compreendem o ativismo em duas espécies: monológico e dialógico. Também realçamos algumas distinções entre o STF e a CCC, com destaque para a divergência doutrinária sobre o reconhecimento do primeiro enquanto Corte Constitucional.

Sequencialmente, procuramos detalhar os fundamentos dos pedidos apresentados na petição inicial da ADPF 347, bem como analisamos os principais julgados que a precederam no STF. Demonstramos que o reconhecimento do ECI ocorreu de forma bastante limitada sendo que apenas duas medidas foram liminarmente deferidas (audiências de custódia e liberação de verbas do FUNPEN).²⁶⁶

²⁶⁶ As dificuldades para execução da cautelar persistem consoante se vislumbra na peça 246 da ADPF 347, na qual a Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e

Em complemento destacamos a importância da linguagem na compreensão e aplicação do direito. Visualizamos que esse papel central é fortalecido pela denominada virada lingüística que reconhece o caráter constitutivo e não meramente descritivo da linguagem. Salientamos ainda que a defesa de um referencial puro pode trazer consigo um discurso de verdade que pretende camuflar seu indissociável ideológico.

Nessa linha estudamos a decisão cautelar da ADPF 347 sob a ótica da retórica e da linguagem jurídica. E, a partir dessa perspectiva vislumbramos que a referida decisão cautelar mediante técnicas argumentativas afastou-se dos parâmetros originalmente estabelecidos pela CCC em relação a teoria do ECI. De tal modo, o STF mesmo não sendo pacificamente compreendido como uma Corte Constitucional ampliou sua própria jurisdição consolidando uma análise política da ação. Igualmente, evitou-se a ampliação da legitimidade de acesso ao Tribunal pelos cidadãos²⁶⁷, e também, não foram adotadas medidas semelhantes sequer aos moldes dos litígios estruturais norte-americanos. Por fim, não foi devidamente enfrentado o aspecto subsidiário da teoria do ECI numa interpretação apressada dos institutos jurídicos nacionais.

Semelhantemente restou-nos perceptível a existência de um ‘ponto cego’ judicial, pois, apesar de inquestionável e expressamente reconhecida a co-responsabilidade do Poder Judiciário em relação a crise do sistema penitenciário

do Distrito Federal em 2016 informa que os estados do Piauí, Alagoas, Goiás, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Sergipe e Rio Grande do Sul tiveram seus recursos contingenciados em descumprimento da decisão do STF. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acessado em 26/02/2020.

²⁶⁷ Sobre o reiterado afastamento da participação popular na política em decorrência da politização judicial são relevante as observações de Rodrigo Yepes para quem: “O uso das sutilezas judiciais para resolver problemas sociais complexos pode dar a impressão de que a solução de muitos problemas políticos não depende da participação democrática, mas da atividade de juízes e fiscais providenciais. Isso é grave, pois implica não somente um aumento da desmobilização dos cidadãos, mas também um questionamento dos próprios princípios democráticos, já que caberia aos funcionários da justiça - não eleitos – defender as eventuais virtudes da democracia. Os riscos de saídas autoritárias e antidemocráticas são importantes, pois cada vez mais a sociedade começaria a confiar em homens providenciais para a restauração da virtude e a solução dos problemas”. YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>.

na ADPF 347, essas declarações não foram seguidas de medidas aptas a superarem o distanciamento entre a realidade e as diretrizes constitucionais.

Noutro sentido, fizemos uma correlação entre a manifestação do STF na ADPF 347 e as teorias dos atos de fala de John Austin e da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves. Nesse sentido compreendemos que a decisão que declarou o ECI no Brasil foi consoante a tese Austiniana um ato de fala infeliz, e consoante Neves, delimitada a aspectos de uma judicialização simbólica.

Nessa análise a infelicidade do referido performativo decorre principalmente do fato de que apesar de utilizar-se dos atos de fala para alterar a realidade o tribunal não se conduziu posteriormente dessa maneira. O simbolismo por sua vez se manifesta na omissão de providências para solução da questão, postergando-se indefinidamente a problemática, e destacamos aqui a ausência de deliberação quanto ao mérito em quase cinco anos.

Em fevereiro de 2018 o autor da ação peticionou novamente ao STF (peça 402 – pet. 7709/2018) apresentando informações como o aumento da população prisional sem a criação de nenhuma nova vaga no sistema, e a inexistência de qualquer óbice processual para o julgamento definitivo da ADPF.²⁶⁸ Esse panorama nos possibilita compreender que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro tem efeitos bastante questionáveis.²⁶⁹ É como se pudéssemos parafrasear a centenária lição de Jean

²⁶⁸ Essa morosidade não significa qualquer melhora ou mesmo estabilidade no sistema, pois, por exemplo, em 2017 o autor da ação postulou o aditamento da petição inicial pela superveniência da Medida Provisória Medida Provisória n. 755, de 19 de dezembro de 2016, a qual aprofundaria a crise já existente no sistema penal. Isso porque a medida permitiu o uso de verbas do FUNPEN para outras finalidades, como inteligência policial e políticas de redução da criminalidade que não tem correlação direta com o sistema penitenciário. Além disso, segundo o autor a referida MP reduziu as receitas do FUNPEN e permitiu a transferência de parte de seus recursos para outras finalidades.

²⁶⁹ Uma das medidas mais significativas da ADPF 347 foi a ampliação das audiências de custódia. Após a concessão da cautelar a matéria foi regulamentada pela resolução 213 do CNJ e mais recentemente foi prevista na lei 13.964/2019 (pacote anticrime), alterando o art. 310 do Código de Processo Penal. Segundo dados do CNJ até fevereiro desse ano foram realizadas mais de 700 mil audiências de custódia. Após a concessão da cautelar a matéria foi regulamentada pela resolução 213 do CNJ, e mais recentemente foi prevista na lei 13.964/2019 (pacote anticrime), alterando o art. 310 do Código de Processo Penal. Todavia, cumpre-nos salientar que a medida vem sendo questionada por parcela do setor jurídico, pois, teria irrelevante impacto na realidade prisional brasileira. Nesse caminho se direciona recente estudo sobre o tema capitaneado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no qual se demonstrou que apenas 1% dos presos são liberados de forma irrestrita. Na referida

Cruet segundo o qual “se vê todos os dias a sociedade reformar a lei, nunca se viu a lei reformar a sociedade”.²⁷⁰ Assim, nosso sistema prisional mesmo após o ECI segue quase que inalterado, extremamente violento, custoso para os cidadãos, ineficiente na diminuição da violência e atuando a margem da legalidade.

Nesse caminho nosso tribunal maior deverá atentar quando da análise de mérito para a responsabilização penal como uma manifestação do Estado Democrático de Direito e nesse sentido, além de levar em conta o princípio da efetividade, não pode se estribar na relativização de princípios seculares em recusa a máxima Kantiana de reconhecer o ser humano enquanto um fim, em si (correlação entre proteção deficiente e proibição do excesso).²⁷¹ Para tanto é salutar separar a função do Poder Judiciário da política de segurança pública, vez que eventuais aproximações perturbam uma análise mais comprometida da constituição²⁷² e cancelam um sistema que fomenta a cultura do encarceramento.²⁷³

pesquisa também se demonstrou que em muitas localidades a audiência de custódia não tem ocorrido nos finais de semana e igualmente não se tem observado o prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Em acréscimo, deve-se alertar que os casos de inobservância do prazo de apresentação podem aumentar após recente decisão do Ministro Luiz Fux na cautelar em ADI 6.299/DF que suspendeu o trecho da lei 13.964/2019 que tornava ilegal a prisão caso não realizada a audiência de Custódia no Prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Cf. INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. IDDD. **O Fim da Liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia.** 2019.. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/09/bf7efcc53341636f610e1cb2d3194d2c.pdf>> Acesso em 10/01/2020.

²⁷⁰ CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis.** Antiga Casa Bertrand-JOSÉ BASTOS & C.^a- Livraria editora. Lisboa. 1908. Ebook. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Jean%20Cruet-1.pdf>> Acesso em 14/11/2019.

²⁷¹ Nesse sentido nos valem da doutrina Kantiana que define: ‘Seres racionais estão pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si’. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

²⁷² No ponto interessante a análise feita por Streck que compara a Constituição às amarras que Ulisses na Odisseia impõe a si mesmo para não sucumbir ao canto das sereias, e nesse sentido não se pode desconsiderar que ‘o elán vital que imprime significado a uma Constituição: ela é feita em momentos de “sobriedade” política para defender o Estado e a sociedade exatamente destas erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos’. STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD. Julho-Dez, 2009.

²⁷³ Nas palavras do i. relator da ADPF 347, min. Marco Aurélio uma das manifestações da cultura do encarceramento se dá, por exemplo, no número excessivo de prisões provisórias decretada pelo Poder Judiciário. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade –

Quando da apreciação cautelar na ADPF 347 o então ministro Teori Zavascki salutarmente alertou que: “É muito importante que a medida liminar não fique, assim como a própria decisão definitiva num caso como este, apenas no plano simbólico, ou no plano retórico, ou no plano acadêmico”.²⁷⁴ É evidente que a recente democracia brasileira está longe de, nos dizeres de Canotilho, realizar a constituição,²⁷⁵ contudo o decorrer de quase 5 (cinco) anos da propositura da ação sem julgamento definitivo do mérito ou a imposição de medidas complementares evidenciam a existência de um ponto cego judicial quanto ao tema, assistindo razão as preocupações do ministro Zavascki.

Aos sujeitos de cotidianas e massivas violações de direitos fundamentais (sejam os presos, servidores do sistema penitenciário, policiais ou familiares) mais importante que a incorporação de teorias e seus modos de veiculação (atuação dialógica, monológica ou ainda técnica de desbloqueio ou indução de políticas públicas), é que mudanças positivas efetivamente ocorram. Boas leis não nos faltam e esse cenário, ou estado das coisas não é imutável. Consoante magistral pensamento de Norberto Bobbio, o direito tem também um papel transformador de modo que nem sempre é um obstáculo a mudança, muitas vezes pode ser um elemento fomentador da mudança.²⁷⁶

Desta forma, resta-nos aguardar que no mérito da ADPF 347 o STF reconheça que um performativo infeliz mesmo proveniente de nossa mais alta corte não é simbolicamente capaz de promover, por si, mudanças estruturais, e que o caminho se faz ao caminhar.²⁷⁷

PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acessado em 26/02/2020.

²⁷⁴ Ibid., p. 79

²⁷⁵ Sobre o tema prossegue o constitucionalista: Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividadelegiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta «tarefa realizadora» participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ª edição revista. LIVRARIA ALMEDINA COIMBRA, 1993.

²⁷⁶ BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*, tradução de Daniela Beccaria Versiani, Barueri, SP, Editora Manole, 2007. p. 81-113.

²⁷⁷ O pensamento se dá em alegoria ao poema Cantares de Antonio Machado que brilhantemente versa: “*Caminante no hay camino, se hace camino al andar...*”. Cf. Machado, Antonio. *Poema Cantares*. Antologia Poética. (Seleção, tradução, prólogo e notas de José Bento). Lisboa: Editorial Cotovia, 1999.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo, 2018.

André Giamberardino. TRIBUNA DA DEFENSORIA. **Encarceramento em massa e os terraplanistas do Direito Penal**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/tribuna-defensoria-encarceramento-massa-terraplanistas-direito-penal>>

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. / John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 18 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 09 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (SYN) THESIS, v. 5, n. 1 (2012).

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **A constitucionalização tardia do direito penal brasileiro**. Prefácio. In: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 538p. ISBN 978-85-450-0679-4.

BICUDO, Hélio. **A violência e a estrutura judiciária brasileira**. Estud. av., São Paulo, v. 11, n. 30, p. 67-78, Aug. 1997. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200006&lng=en&nrm=iso>. access on 13 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141997000200006>.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Ciencia del derecho y análisis del lenguaje**. In: **Contribucion a la teoría del derecho**. Madrid: editorial debate, 1990, p. 180.

_____. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A função promocional do direito**. In: Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito, tradução de Daniela Beccaria Versiani, Barueri, SP, Editora Manole, 2007. p. 81-113

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. **Veracidade e mentira no contexto democrático**. Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – n. 6/2017. p. 227-242. Disponível em: <https://afg.unicam.it/sites/d7.unicam.it.afg/files/BOITEUX_Veracidade%20e%20mentira%20no%20contexto%20democratico.pdf> Acesso em: 26/08/2019.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Aug. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. access on 05 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. CNJ. **Justiça em Números 2019**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro**. CPI – sistema carcerário brasileiro [recurso eletrônico]. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. – (Série comissões em ação; n. 57 PDF). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/31899>> Acesso em: 10/05/2019

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional,

2017. 65p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 11/09/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 62.328/MG**. Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE). QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (Medida Cautelar). 2015. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acessado em 26/02/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Associações de magistrados questionam no STF Emenda Constitucional 88**. Em: 08/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291179&caixaBusca=N>> Acessado em: 08/11/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário 841526**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016, DJe 29.07.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592581**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641320**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2016, DJe 29.07.2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Comunicação (Secom). **Realidade prisional: auditoria mostra que o custo mensal do preso é desconhecido em vários Estados**. 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/realidade-prisional-auditoria-mostra-que-o-custo-mensal-do-presos-e-desconhecido-em-varios-estados.htm>> Acesso em: 20 jan 2020

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional**. Tese de Doutorado. 2015. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito., 248f.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 26/07/2019

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Doscolonizar o Direito na América Latina: o modelo do pluralismo e a cultura do bem viver**. Chapecó, SC: Argos, 2016.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia.** 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-16052013-162225. Acesso em: 2019-11-06.

CARRERA SILVA, Liliana. **La acción de tutela en Colombia.** Rev. IUS, Puebla, v. 5, n. 27, p. 72-94, jun. 2011. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005&lng=es&nrm=iso>. accedido en 25 sept. 2019.

CARVALHO, Marco Cesar de. **O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e a concepção de uma nova separação dos poderes do estado a partir da jurisdição constitucional.** Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

CARVALHO, Paulo de Barros. **O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos.** Rev. direito GV [online]. 2010, vol.6, n.1 [cited 2020-02-15], pp.295-312. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100014&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322010000100014>.

_____. **O legislador como poeta: alguns apontamentos sobre a teoria flusseriana aplicados ao Direito.** IN: PINTO, Rosalice; CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; RODRIGUES, Maria das Graças Soares (Orgs.). Linguagem e direito: perspectivas teóricas e práticas. São Paulo: Contexto, 2019.

CAVALCANTI NETO, João Uchôa. **O direito, um mito.** 3º Ed. Rio de Janeiro: Record, 1989. p.12,22.

KOERNER, A., org. **A corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos.** In: **Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso** [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 142-175. ISBN: 978-85-7798-233-2. Available from: doi: 10.7476/9788577982332.0005.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela 025. 2004.** Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> Acessado em 15/09/2019.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación 559. 1997.** Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acessado em 10/06/2019.

CONCEIÇÃO, Isis Aparecida. **Justiça Racial e a Teoria Crítica Racial no Brasil.** IN Direitos Humanos, Democracia e Justiça Social, Org. Auad, Denise e Oliveira, Bruno da Costa. S Paulo: Letras Jurídicas, 2017, p. 167-203.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Antiga Casa Bertrand-JOSÉ BASTOS & C.^a- Livraria editora. Lisboa. 1908. Ebook. Disponível em:< <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Jean%20Cruet-1.pdf>> Acesso em 14/11/2019.

CUNHA, Elza Antonia Pereira. **O discurso jurídico e a ideologia do interesse geral**. 1984. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas – Especialidade Direito) Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, Florianópolis.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: **Estado de coisas inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <http://opiniaio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 18, out, 2015.

DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. **Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, Mar. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100480&lng=en&nrm=iso>. access on 08 Feb. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32819>.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**, trad. br. Mirian Chnaiderman e Renato Ribeiro, São Paulo: Perspectiva, 2006.

DIAS, Norton Maldonado, **Crítica ao pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio acerca do surgimento dos direitos humanos em face aos tratados e convenções internacionais**, 31 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 59-80 (2016). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-31.cpvb> doi:10.11144/Javeriana.il15-31.cpvb

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturantes**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

DUTRA, Deo Campos. **Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte. Brown vs. Board of Education of Topeka**. 347, U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>.

FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. **Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais**. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.I.], v. 4, n. 1, p. 211-246, ago. 2018. ISSN 2447-5467.

Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>>. Acesso em: 25 out. 2019. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Notas para uma Pragmática do Discurso in Esboço de Figura: homenagem a Antônio Cândido**, Livraria Duas Cidades, São Paulo, 1979.

_____. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____. **Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>> Acesso em 10/02/2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais de direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. 4^o ed. Saraiva. São Paulo: 2015. p. 96.

FIGUEIRO, Rafael Albuquerque; DIMENSTEIN, Magda. **Controle a Céu Aberto: Medo e Processos de Subjetivação no Cotidiano de Agentes Penitenciários**. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 38, n. spe2, p. 131-143, 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932018000600131&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Feb. 2020. <https://doi.org/10.1590/1982-3703000212193>.

FISS, Owen M. **The forms of Justice**. *Harvard Law Review*, nº 93, Nov. 1979.

_____. **To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

_____. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. Michel Foucault; tradução Salma Tannus Muchail. 8^o Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

FREUD, Sigmund. (1933a). **Por que a guerra?** Rio de Janeiro: Imago, 2006. (ESB, 22).

GALVÃO, Jorge. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARAVITO, César Rodríguez. **¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento?** In *Más allá del desplazamiento: políticas*,

derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia/coordinador César Rodríguez Garavito; Juan Carlos Guataquí ... [et al.]. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario** / México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Juízes proibem mais presos nos presídios: Fim da política do "Hands Off"?**. Migalhas. ISSN 1983-392X.

HÄBERLE, PETER. Hermenêutica Constitucional – **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Direito Público, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. Acesso em: 07/02/2020.

HARET, Florence Cronemberger. **Presunções no Direito Tributário: Teoria e prática**. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Econômico e Financeiro. FDUSP. 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger_Haret_Versao_final_Arquivo_completo.pdf> Acesso em: 07/01/2020

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 291. Editorial. **Os protagonistas da barbárie**. Coordenador Chefe: Fernando Gardinali Caetano Dias. Fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/333-291-Fevereiro2017> Acesso em: 03/01/2020

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. IDDD. **O Fim da Liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. 2019.. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/09/bf7efcc53341636f610e1cb2d3194d2c.pdf>> Acesso em 10/01/2020.

J. P. Mulhern. **In Defense of the Political Question Doctrine**, 137 U. Pa. L. Rev. 97 (1988). Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol137/iss1/3> Acesso em: 05/01/2020

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p.263.

KOERNER, A., org. **A corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos**. In: Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 142-175. ISBN: 978-85-7798-233-2. Disponível em: <[doi: 10.7476/9788577982332.0005](https://doi.org/10.7476/9788577982332.0005)> Acesso em: 04/01/2020

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998.

LIMA, R., & ALBUQUERQUE, C. (2019). **O estado de coisas inconstitucionais: caminhos adotados pelo judiciário brasileiro**. Revista Direito Em Debate, 28(52), 236-250. Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.236-250>> Acesso em: 04/01/2020

LIMA, Renata., & Meyer Pflug, Samantha. **"O estado de coisas inconstitucionais e a superlotação do sistema carcerário brasileiro."** inter: revista de direito internacional e direitos humanos da ufrj [Online], 2.1 (2019): Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/25819/18121>>. Acesso em 03/01/2020.

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 colômbia**. Revista jurídica Mario Alario d'filippo. Universidad de Cartagena, 2011, volume 3, número 1, p. 69 – 80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/revista/21880/A/2011>>. Acessado em 11/10/2019

MACHADO, Antonio. **Poema Cantares**. Antologia Poética. (Seleção, tradução, prólogo e notas de José Bento). Lisboa: Editorial Cotovia, 1999.

MADEU, Diógenes. **Coleção direito vivo: introdução ao estudo e à teoria do direito** / Diógenes Madeu e José Fabio Rodrigues Maciel. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHAES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203&lng=en&nrm=iso>. access

on 08 Feb. 2020. Epub July 15, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

MAMAN, J. A. (2003). **Língua e linguagem: os artifícios e a verdade jurídica**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 98, 503-508. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67599>
 Marcão, Renato Curso de execução penal.. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - Sao Paulo : Saraiva, 2015.

MARINHO, Glaucia. **Democracia e crime organizado: os poderes fácticos das organizações criminosas e sua relação com o Estado**. Glaucia Marinho, Lena Azevedo, Sandra Carvalho, Josmar Jozino, Fausto Salvadori. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich. Böll, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Volume 1 [livro eletrônico]. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017. 6mb. PDF. ISBN 978-85-203-7172-5.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **O caos do sistema carcerário é também responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público**. Portal Jusbrasil. Disponível em:
 <<https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/423635828/o-caos-do-sistema-carcerario-e-tambem-responsabilidade-do-poder-judiciario-e-do-ministerio-publico>> Acesso em 26/12/2019

MAUER, Marc e GAINSBOROUGH, Jenni. **Diminishing returns: crime and incarceration in the 1990's**. Washington, DC, Sentencing Project, september 2000. Disponível em: < <https://www.prisonpolicy.org/scans/sp/DimRet.pdf>> Acesso em: 01/01/2020

MENDES, Conrado Hübner. **“Onze ilhas”**. Folha de S. Paulo , 1º fev. 2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>> Acessado em: 08/11/2019

MENDES, Gilmar Ferreira **Jurisdição constitucional : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha** / Gilmar Ferreira Mendes. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

_____. **Curso de direito constitucional**. Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Germán Santiago. **Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá**. Trabalho para obtenção do título de advogado – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015. Disponível em: < <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2012/1/INCIDENCIA%20DEL%20ECI%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20I.pdf>> Acesso em: 02/12/2019

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

NIGRO, Rachel. **A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo**. Direito, Estado e Sociedade. N. 34, p. 170-211, jan/jun 2009.

NUCCI, Guilherme. **Antagonismo entre Direitos humanos e segurança pública é falso**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-01/nucciantagonismo-entre-direitos-humanos-seguranca-publica-falso>> Acesso em: 30/01/2020.

OLIVEIRA, Eluã Marques. **Supremo Tribunal Federal: uma corte constitucional sui generis**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 95 (abril-junho 2016). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.02.PDF>. Acessado em: 09/11/2019

ONU. Organização das Nações Unidas. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **A ineficiência da desigualdade**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43569/S1800303_pt.pdf?sequence=4&isAllowed=y> Acessado em 09/11/2019

OTTONI, Paulo. **John Langshaw Austin e a Visão Performativa da Linguagem**. DELTA, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 117-143, 2002. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502002000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23/01/2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-44502002000100005>.

PÁEZ, NICOLÁS AUGUSTO ROMERO. **La doctrina del estado de cosas inconstitucional en colombia novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”**. Octubre 2012. Derecho Público Iberoamericano, Nº 1, pp. 243-264 [octubre 2012].

PESSOA, Sara de Araújo; LIMA, Fernanda da Silva. **Racismo e política criminal: uma análise a partir do Documentário 13th – 13ª Emenda**. Revista Thesis Juris - RTJ, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 275-294, jul./dez. 2019. <https://doi.org/10.5585/rtj.v8i2.10763>.

PINHEIRO, Thiago Soares; MELO, Álisson José Maia. **Decisão-álibi: proposta teórica de configuração do provimento jurisdicional como meio simbólico de demonstração da capacidade de ação do Estado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.37, n.1, jan./jun. 2016, p. 129-156.

REVISTA EXAME. REDAÇÃO. (Brasil). Ministro da Justiça: **“Prefiro morrer a ficar preso no Brasil”**. Revista Exame, <https://exame.abril.com.br>, p. 1-1, 13 nov. 2012. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/ministro-da-justica-prefiro-morrer-a-ficar-presno-no-brasil/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. **Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America**. Texas Law Review. Texas, v. 89, p. 1669-1698, nov/2011.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Suprema Corte e segregação racial nos moinhos da Guerra Fria**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 204-235, abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100204&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 25 out. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201709>.

ROSENBERG, Gerald N. 1991. **The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?** Chicago: University of Chicago Press. Rosenberg, Gerald N. 1996.

_____. **"Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places,"**. University of Chicago. Law School Chicago Unbound. 54 Drake Law Review 795 (2005).

SCHINEMANN, Caio César Bueno. **Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016. Disponível em: <<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/EstadodeCoisasInconstitucionaleoDialogo noSupremoTribunalFederal.pdf>> Acesso em: 13/01/2019.

SCHLANGER, Margo. **Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study Of Jail And Prison Court Orders**. New York University Law Review. Vol 81. May 2006.

SMITH, Christopher E., and CHRISTOPHER E. Nelson. **"Perceptions of the Consequences of the Prison Litigation Reform Act: A Comparison of State Attorneys General and Federal District Judges."** The Justice System Journal, vol. 23, no. 3, 2002, pp. 295–316. JSTOR, Disponível em: <www.jstor.org/stable/27977117> Acesso em: 10/11/2019.

SOUZA, E. L. ; OLIVEIRA, M. R. de . **Policiais: torniquetes da nação, até quando?**. In: ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, v. 1, p. 52-54, 2019. Disponível em: < <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>> Acesso em: 25/02/2020

SOUZA, P. H. G.; MEDEIROS, M. **The Concentration of Income at the Top in Brazil, 2006-2014**. Working Paper, n. 163. Brasília: Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG), 2017.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte"**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD. Julho-Dez, 2009.

_____. **Contra o neoconstitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4. Vol 3, Jan-Jun. p. 9-27. Doi 10.24068/2177.8256.2011.3.4;9.27

_____. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”**. Revista Consultor Jurídico, 12 de julho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>> Acessado em 05/11/2019

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn4>. Acesso em: 09 /05/ 2019.

TARRUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Belo Horizonte: Oficina das Letras, 2012. p.129

TAVARES, André Ramos. **Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras Complementares de Controle de Constitucionalidade. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pp. 57-72.

TAVARES, Manuel. **Epistemologias do Sul**. Rev. Lusófona de Educação, Lisboa, n. 13, p. 183-189, 2009. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-72502009000100012&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 06 nov. 2019.

TAYLOR, Charles. (Org.). **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 45.

TUBINGEN, Fritjof Haft. **Direito e linguagem**. In KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. p. 303.

VACHON, Robert. **L'étude du pluralisme juridique: une approche diatopique et dialogale**. The journal of legal pluralismo and unofficial law, n. 29, 1990. p. 163-173.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a sentença t-025 e a adpf 347/DF/MC**. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional / José Ribas Vieira - Margarida Lacombe, Siddharta Legale (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2016

VOGT, Carlos. **Linguagem, pragmática e ideologia**. São Paulo: HUCITEC; Fundação de Desenvolvimento da Unicamp, 1980. p. 86.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Técnicas Argumentativas na Prática Judicial**. In Revista Sequência (UFSC), v. 08, n. 09: Florianópolis, 1984.

_____. **O direito e sua linguagem**, 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. **As falácias jurídicas**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 123-130, jan. 1985. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16702>>. Acesso em: 26 fev. 2020. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

_____. **As vozes incógnitas das verdades jurídicas**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 57-61, jan. 1987. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16456/15110>>. Acesso em: 26 fev. 2020. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

WEAVER, Russell L. “**The Rise and Decline of Structural Remedies**”. San Diego Law Review, vol. 41, nº 4, november/december 2004, p. 1617-1632. HeinOnline.

WEYRAUCH, Walter Otto. **Law as Mask--Legal Ritual and Relevance**, 66 Cal. L. Rev. 699 (1978). Available at: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol66/iss4/2>> Acesso em: 02/05/2019

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**; Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª edição (bilíngüe) revista e ampliada. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.


_____. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Ed. Nova Cultural (Col. Os Pensadores – trad.: José Carlos Bruni), 2000.


WOODWARD, C. Vann . **Plessy V. Ferguson: The Birth of Jim Crow**. American Heritage. Volume 15, assunto 3. April de 1964. Disponível em: <<https://www.americanheritage.com/plessy-v-ferguson>>, Acesso em: 23/11/2019.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo , v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 09 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>.

ANEXOS

ANEXO A – Informativo com lista de materiais DEPEN-PR (Casa de Custódia de Curitiba)

 <p>SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - SESP DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO - DEPEN CASA DE CUSTÓDIA DE CURITIBA - CCC</p> <p>INFORMATIVO AOS VISITANTES DE PRESOS (1/2)</p> <p>Em cumprimento da Portaria nº 232/2014 - DEPEN, de 06/06/14 e Resolução nº 121 de 05/05/1995 – SEJU, que regulamenta procedimentos para os dias de visitas aos presos das Unidades Penais do Sistema Penitenciário do Paraná, esta Unidade vem a informar que, a partir de 01 de junho 2018, serão adotadas as seguintes normas:</p> <p>1 - QUANTO A ENTRADA DE ALIMENTOS NOS DIAS DE VISITA:</p> <p>1.1- Alimentos autorizados para CONSUMO NO PÁTIO DE VISITAS.</p> <p>a) 01 (um) bolo médio (de até 500 gramas), sem recheio e sem cobertura, que deverá vir cortado em pedaços;</p> <p>b) 02 (duas) barras de chocolate de até 100 gramas, sem recheio;</p> <p>c) 05 (cinco) frutas (In natura), descascadas e cortadas, condicionadas em embalagem de plástico transparente, com exceção de uvas e abacaxis, que são proibidos;</p> <p>d) 06 (seis) sanduíches: (Ex: pão francês, leite ou de forma), contendo presunto, mortadela, lingüiça, queijo, bife, file de frango ou bolinho de carne; ou 03 (três) sanduíches e 01 (um) pote de até dois quilos contendo alimentação cozida (Ex: pote transparente no tamanho de um pote de sorvete); podendo ser arroz, macarrão (alho e óleo), carne assada sem osso, sem molho e sem condimentos;</p> <p>e) 01 (uma) embalagem lacrada de plástico transparente c/ até dois litros de refrigerante, leite, suco ou chá;</p> <p>f) 05 (cinco) copos brancos ou transparentes descartáveis;</p> <p>g) 01 (um) pacote de bolacha doce ou salgada, com máximo de 200 gramas cada, sem recheio e sem cobertura, tipo "bolacha água e sal" ou "bolacha Maria";</p> <p>h) Até 02 (duas) mamadeiras para bebês, nos dias de visitas para crianças.</p> <p>1.2 - Os alimentos deverão ser consumidos exclusivamente nos pátios de visitas das Unidades Penais, e o alimento não consumido deverá ser levado de volta pelo(s) visitante(s).</p> <p>QUANTO AS VESTIMENTAS DOS VISITANTES:</p> <p>2.1 – Fica PROIBIDA a entrada de visitantes que estejam:</p> <p>a) Vestindo roupas no modelo e cor dos uniformes (cor laranja, preta ou cinza) cedidos pela administração da Unidade aos presos;</p> <p>b) Roupas com tecidos transparentes, regatas, blusas com ombreiras, blusas decotadas, com frente única, mini-blusas, saias curtas, bermudas, "shorts", roupas com forro, soutien com armação e enchimento ou armação de arames e camisetas regatas ou com identificação de times ou torcidas; calça jeans;</p> <p>c) Botas, sapatos e sandálias com salto alto ou com solado largo ou ainda, sapatos e tênis que dificultem a revista;</p> <p>d) Brincos, "piercing", pulseiras, relógios, correntes, anéis, bonés, chapéu, toucas, perucas, óculos de sol, cinto, fivelas, gravata, grampo, arcos, presilhas de cabelos;</p>	<p>e) Com gesso em alguma parte do corpo;</p> <p>f) Embriagado, apresentando indícios de uso de drogas ou sem asselo pessoal;</p> <p>g) Portando arma de fogo, canivete, faca, cortador de unha de cutícula ou qualquer objeto cortante;</p> <p>h) Portando fósforo, cigarros, isqueiros;</p> <p>i) Portando lápis, caneta, chaves, chaveiros, livro, caderno ou qualquer outro material de anotação;</p> <p>j) Portando telefones celulares e acessórios;</p> <p>k) Valores em dinheiro, cheques e cartões bancários;</p> <p>l) Brinquedos de crianças inclusive nos dias de visita destas;</p> <p>m) Máquinas fotográficas, de vídeo ou similares.</p> <p>2.2 Estão autorizados para mulheres que realizam visitas íntimas um lençol sem elástico, cor clara, uma toalha de rosto e uma embalagem de lençóis umedelecidos, que após a utilização deverão ser levados pela visita.</p> <p>a) A visitante deverá trazer os materiais em uma sacola plástica com identificação nominal da visita e do preso.</p> <p>QUANTO AS VISITAS.</p> <p>a) Todo visitante passará pelo procedimento de revistas;</p> <p>b) Mensalmente, no Segundo Final de semana será realizada a visita de crianças;</p> <p>c) Em caso de dúvidas ligue: (41)3514-2820 – Serviço Social;</p> <p>d) Dias de Visitas: Sextas, Sábados e Domingos conforme cronograma disponível no site http://www.depen.pr.gov.br;</p> <p>e) HORÁRIOS DE ENTRADA DOS VISITANTES: DAS 9h00 AS 12h00.</p> <p>DIANTE DA PORTARIA, A PARTIR DE 01 DE JUNHO DE 2018, A RESPONSABILIDADE DA VESTIMENTA É DO VISITANTE; E A CASA DE CUSTÓDIA DE CURITIBA NÃO FORNECERÁ NENHUM TIPO DE ROUPA A FIM DE ADEQUAR ÀS NORMAS DA PORTARIA PARA PERMITIR A ENTRADA DO VISITANTE.</p>
---	---

 <p>SECRETARIA DE ESTADIA DE SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - SERAP DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO - DEPEN CASA DE CUSTÓDIA DE CURITIBA - CCC REGIMENTO AOS VISITANTES DE PRESOS (CV)</p> <p>Em cumprimento à Portaria nº. 230/14 – DEPEN, que visa regulamentar a entrada de alimentos e outros materiais destinados ao consumo dos presos no interior das celas nas Unidades Penais do Sistema Penitenciário do Paraná, cabe informar que a partir de 01 de junho de 2018, serão adotados os seguintes procedimentos:</p> <p>RECEBIMENTO: Cozinha compartilhada</p> <p>1ª feira: GALERIA 01 e Shelter 01 ao 03 2ª feira: GALERIA 02 e Shelter 04 ao 06 3ª feira: GALERIA 03 e IPS</p> <p>II – KIT ALIMENTOS:</p> <p>A) 04 (quatro) pacotes de bolacha doce ou salgada totalizando 1200 g no máximo, sem recheio e sem cobertura, tipo "água e sal" ou "bolacha Maria"; B) 02 (dois) pães folhados de até 500 g; C) 02 (duas) embalagens de até 500 g de leite em pó; D) 02 (duas) embalagens de até 400 g de achocolatado em pó; E) 05 (cinco) barras de chocolate de 100 g cada, sem recheio; F) 02 (dois) pacotes de 250 g de doce instantâneo (paçoca ou doce de leite); G) 06 (seis) pacotes de suco artificial adoçado totalizando até 300 g no máximo; H) 01 (um) pacote de farofa de até 500 g; I) 01 (um) pote de doce em pasta, simples, com até 500 g, em embalagem transparente; J) 01 (um) frasco transparente de adoçante, de até 100 ml. K) 02 (dois) pacotes de café instantâneo de até 250 g. L) 01 (um) pacote de açúcar de até 1 kg, tipo refinado. M) 06 (seis) pacotes de macarrão instantâneo de até 85g cada. N) 01 (um) Tempo em pó, pote até 100g. O) 01 (um) pote de margarina de até 500g.</p> <p>Uma embalagem plástica para cada item (tipo plástica).</p> <p>III – KIT HIGIENE:</p> <p>A) 04 (quatro) sabonetes de até 90 g cada; B) 02 (dois) tubos de creme dental de até 100 g cada; C) 04 (quatro) aparelhos de barbear descartáveis; D) 08 (oito) rolos de papel higiênico. E) 01 (uma) escova dental com cabo flexível (ganha) ; F) 01 (um) Shampoo de até 400 ml em embalagem transparente; G) 01 (um) desodorante em creme de 55 g ou roll-on transparente; H) 01 (uma) esponja pequena para limpeza; (ganha) ; I) 01 (um) detergente de louças de até 500 ml ou 01 (uma) barra de sabão de glicerina; J) 01 (um) Kg sabão em pó. K) 01 (uma) embalagem de 500 (quinhentos) ml de desinfetante (tipo álcool). L) 01 (uma) embalagem de 1 litro de água sanitária (trazer ganha por transparente) (ganha) ; M) 01 (uma) escova de plástico para lavar roupas (ganha) ;</p>	<p>III – MATERIAIS DIVERSOS: TRIMESTRAL</p> <p>A) 04 (quatro) cuecas; (cores claras); B) 04 (quatro) pares de meias; (branca ou cinza); C) 02 (duas) camisetas na cor branca ou cinza sem estampa ou desenho. D) 01 (par) anel de dedo, sem decoração; E) 02 (duas) pilhas para controle remoto de TV (modelo de TV do preso); F) 01 (uma) lâmpada LED 220V; G) 01 (um) lençol de solteiro, na cor azul claro, sem estampa e sem elástico; H) 01 (uma) cobertor de solteiro sem ribeira, não podendo ser duplo, de cores claras e sem estampas. I) 02 (duas) calças tipo malha colégial ou tática na cor laranja ou cinza, sem estampa, falhas, flocos ou decorações. J) 01 (uma) blusa na cor laranja ou cinza tipo malha ou malha colégial, sem estampa ou desenho, sem capuz, falhas ou decorações e sem zíper. K) 02 (duas) bermudas na cor laranja ou cinza tipo malha colégial ou tática, sem estampa, desenho, falhas ou decorações. L) 01 (uma) toalha de banho (cores claras, de cor única sem estampas).</p> <p>IV – KIT CORRESPONDÊNCIA:</p> <p>a) 08 (oito) folhas de papel para carta, pautado, branco; b) 04 (quatro) envelopes para carta e 04 (quatro) selos; c) 01 (uma) caneta esferográfica – cor verde ou azul</p> <p>V - RECEBIMENTO ÚNICO:</p> <p>a) 01 (um) rádio AM até FM, portátil, à luz, com voltagem 220V, de pequeno porte, sem USB e com nota fiscal, exceto rádio-relógio. b) 01 (um) aparelho de televisão, de até 30 polegadas de LED, LCD ou PLASMA, com nota fiscal. Havendo entradas auxiliares as mesmas serão desativadas. c) 01 (um) ventilador, máximo 40cm, grade e pás plásticas, 220V. d) 01 (um) par de tênis, caso o soldado baixe o nível (semanal) ; e) 01 (um) comador de unha pequeno sem fio. f) 02 (dois) mentos de fio de luz (duplo); g) 02 (dois) mentos de fio de antena com conector; h) 01 (um) bocal de plástico para lâmpada. i) 01 (um) aquecedor de água pequeno (bubidor), 220V máximo 500W. j) 01 (um) balde plástico (sem alça) de no máximo 8 litros. k) 01 (um) espelho pequeno (15cm x 20cm) moldura plástica.</p> <p>QUANTO AO RECEBIMENTO:</p> <p>5.1 – A partir de 05 de setembro de 2018, as encomendas e correspondências deverão ser enviadas aos presos somente para o seguinte endereço: Rua José Chastelm 56V, CEP: 81707-000, CCC, Curitiba-PR, Casa de Custódia de Curitiba. Serão aceitos todos somente de familiares que residam a mais de 100 km de distância da Unidade e com PESO MÁXIMO DE ATÉ 8 KG, contendo cópia da Credencial de Visitante do Remeteiro (Carteirinha) no lado externo da caixa. 5.2 – Em caso de dívidas quanto à galeria que se encontra o preso, favor contatar com o Serviço Social nos telefones: 3614-2833/3614-2818. 5.4 – Todos os produtos devem ser industrializados e entregues na embalagem lacrada; a troca de embalagem será feita na hora.</p>
--	--

ANEXO B - Informativo com lista de materiais DEPEN-PR (Colônia Penal Agroindustrial)



SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO - DEPEN
COLÔNIA PENAL AGROINDUSTRIAL DO PARANÁ
DIVISÃO DE SEGURANÇA E DISCIPLINA

Av. Brasil s/n - Vila Itacolda - CEP: 83.283-870 - Piraquara - Paraná.
Fone: (41) 3585-8008 - e-mail: gpa@depem.pr.gov.br

Informativo: 001/2019 - DISED

Piraquara 18 de dezembro de 2019.

Lista de itens permitidos na entrega de sacolas e sedex, a partir de 13/01/2020

HIGIENE	ALIMENTAÇÃO
04- APARELHOS DE BARBEAR	01- ADOCANTE 100ml
01- CORTADOR DE UNHA	02- ACHOCOLATADO 400gr
02- CREMES DENTAIS	02- PACOTES AÇUCAR 2Kg
01- DESODORANTE	05- PCT. BOLACHA DOCE SEM RECHEIO
01- DETERGENTE	05- PCT. BOLACHA SALGADA
01- ESCOVA DENTAL	10- BARRAS DE CHOCOLATE SEM RECHEIO
02- ESPONJAS LAVA LOUÇA	01- PACOTE CAFÉ 1Kg
01- SABÃO EM PÓ (1KG)	01- POTE DE DOCE EM PASTA
01- FIO DENTAL	02- FAROFA TEMPERADA 500 Gr
08- ROLOS DE P. HIGIENICO	03- LEITE EM PÓ 1.200Kg
02- PEDRAS SABÃO	01- POTE DE MARGARINA 500Gr
06- SABONETES	12- MACARRÃO INSTANTANEO (MIJO)
01- SHAMPOO 300ml	05- PÃES FATIADO DE 500Gr
	12- PACOTES SUCO 25Gr CADA
	01- PACOTE TEMPERO SAZON
	15 - UNIDADES BANANA
	08- MAÇAS
	06- LARANJAS
	01- MOLHO DE PIMENTA
ITENS CORRESPONDENCIA	
02- CANETAS	
08- ENVELOPES	
16- FOLHAS DE PAPEL	
08- SELOS	
	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Se trazer açúcar, não entra adoçante</u>

Emerson Cristian Rodrigues
Chefe de Segurança CPAI